



## INFORME N 11/2016 SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY AUDIOVISUAL DE ANDALUCÍA

### CONSEJO:

[REDACTED] Presidenta  
[REDACTED] Vocal Primero  
[REDACTED] Vocal Segundo

El Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía, en su sesión de fecha 24 de mayo de 2016, con la composición expresada y siendo ponente [REDACTED], en relación con el asunto señalado en el encabezamiento, aprueba el siguiente informe:

### I. ANTECEDENTES

1. La Dirección General de Comunicación Social de la Consejería de la Presidencia y Administración Local solicitó a la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía (en adelante, ADCA), mediante un oficio con fecha de entrada el 6 de noviembre de 2015, la emisión del informe preceptivo de competencia, previsto en el artículo 3, letra i) de la Ley 6/2007, de 26 de junio, de Promoción y Defensa de la Competencia de Andalucía, sobre el Anteproyecto de Ley Audiovisual de Andalucía. En dicho escrito informaba que la documentación relativa al expediente de elaboración de norma se encontraba publicada en el portal de transparencia. Entre la documentación publicada en el portal de transparencia, figuraban:

- Memoria justificativa.
- Informe de Evaluación del Impacto de Género.
- Informe de Evaluación del Enfoque de los Derechos de la Infancia.
- Memoria de Estudios e Informes sobre la Necesidad y Oportunidad del Anteproyecto de Ley.
- Test de Evaluación de la Competencia.
- Memoria de Evaluación de la Competencia.
- Valoración de las Cargas Administrativas.
- Memoria relativa al cumplimiento de los Principios de Buena Regulación.
- Memoria de Análisis de Impacto Normativo.



- Memoria Económica.
- Acuerdo de Inicio.

2. Con fecha 25 de noviembre de 2015, se remitió desde la ADCA un oficio solicitando información adicional a la Secretaría General Técnica de la Consejería de Presidencia y Administración Local. En concreto, se solicitó que se aportara información sobre el impacto de las medidas que se implementan con el Anteproyecto de Ley Audiovisual de Andalucía para poder evaluar el efecto sobre la competencia efectiva, así como sobre los mercados y la libre circulación de bienes y servicios, en los términos de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (en adelante, LGUM). Esta información se recibe con fecha 9 de marzo de 2016.

3. Con fecha de 9 de mayo de 2016, por cauce de la Dirección Gerencia de la ADCA, la Secretaría General y el Departamento de Estudios, Análisis de Mercados y Promoción de la Competencia de la ADCA elevaron a este Consejo la propuesta conjunta de Informe.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

La elaboración del presente Informe se realiza sobre la base de las competencias atribuidas a la ADCA en el artículo 3, letra i) de la Ley 6/2007, de 26 de junio, de Promoción y Defensa de la Competencia de Andalucía. Su emisión corresponde a este Consejo, a propuesta del Departamento de Estudios, Análisis de Mercados y Promoción de la Competencia y de la Secretaría General, de conformidad con lo establecido en el artículo 8.4 de los Estatutos de la ADCA, aprobados por Decreto 289/2007, de 11 de diciembre<sup>1</sup>.

El procedimiento de control *ex ante* de los Proyectos Normativos se detalla en la Resolución de 19 de abril de 2016, del Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía, cuya entrada en vigor se produjo el 14 de mayo de 2016. Dicha resolución recoge los criterios para determinar los supuestos en los que un proyecto normativo puede incidir en la competencia, unidad de mercado, actividades económicas y principios de buena regulación.

---

<sup>1</sup> Conforme a la redacción vigente, en virtud de lo dispuesto en el Decreto 290/2015, de 21 de julio, por el que se modifican los estatutos de la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía, aprobados por Decreto 289/2007, de 11 de diciembre.



### III. OBJETO Y CONTENIDO DEL PROYECTO NORMATIVO

El objeto del Anteproyecto de Ley, definido en su artículo 1, es establecer el régimen jurídico para la prestación del servicio de comunicación audiovisual, dentro del marco competencial de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

El proyecto normativo consta de 101 artículos, divididos en seis Títulos, una Disposición adicional, tres Disposiciones transitorias y dos finales.

El Título I, denominado '*Disposiciones Generales*', concreta el objeto de la Ley, su ámbito de aplicación, los principios inspiradores, así como conceptos clave.

El Título II, '*Derechos de la ciudadanía y servicios de comunicación audiovisual*', regula los derechos de la ciudadanía en relación con los servicios de comunicación audiovisual: el pluralismo y la igualdad en la comunicación audiovisual; el derecho a la diversidad cultural, los derechos del menor como usuario de los servicios de comunicación audiovisual y la protección de la infancia y la juventud; los derechos de las personas con discapacidad y con necesidades especiales; el derecho a una comunicación audiovisual transparente; el derecho a conocer los contenidos de los servicios de televisión y su horario de emisión con la antelación suficiente; el derecho de acceso a los medios públicos, entre otros. Dicho título también determina la creación del Consejo de Participación Audiovisual de Andalucía.

El Título III, '*De la Administración audiovisual*', se subdivide en tres capítulos. El primero de ellos establece las líneas fundamentales de la acción institucional. El segundo se dedica a la organización de la Administración audiovisual. El tercero regula una serie de medidas de fomento del sector y dispone un marco de actuaciones en determinadas materias que comprende ayudas a la financiación, establecimiento de incentivos y bonificaciones fiscales a las actividades audiovisuales y cinematográficas realizadas en Andalucía, además de formación e investigación, promoción en el exterior y fomento de las creaciones de calidad.

El Título IV, que versa sobre '*Los derechos y obligaciones de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual*', se subdivide en tres Capítulos. El primero, dedicado a los derechos de los prestadores, destacando el derecho a la emisión en cadena. El segundo regula las obligaciones de los prestadores, distinguiendo entre obligaciones ante la ciudadanía y ante la Administración, a la vez que concreta las obligaciones específicas para los prestadores públicos, sin ánimo de lucro y privados. El tercer capítulo trata de forma conjunta los derechos y obligaciones de los prestadores en las comunicaciones comerciales audiovisuales.

El Título V, '*Servicios de comunicación audiovisual*', también consta de tres capítulos, en los que se exponen los criterios conformadores del sector audiovisual andaluz. El primero se dedica al servicio público audiovisual en Andalucía. El segundo Capítulo



regula el servicio de comunicación audiovisual comunitario sin ánimo de lucro. Finalmente, el tercer Capítulo está dedicado al servicio de comunicación audiovisual privado de carácter comercial.

El Título VI '*Inspección y sanción*', integrado por otros tres Capítulos, establece las competencias para el ejercicio de las potestades de inspección y sanción, los órganos a los que corresponde el ejercicio de dichas potestades, el régimen sancionador y el procedimiento de inspección.

## **IV. MARCO NORMATIVO**

### **IV.1. Normativa comunitaria**

Los fundamentos jurídicos de la política audiovisual europea se hallan en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE); concretamente, en los artículos 28, 30, 34 y 35 (libre circulación de mercancías); 45 a 62 (libre circulación de personas, servicios y capitales); 101 a 109 (política de competencia); 114 (armonización tecnológica o uso de normas tecnológicas similares, por ejemplo, en la producción en Internet); 165 (educación); 166 (formación profesional); 167 (cultura) y 173 (industria).

El Tratado de Roma no recogía ninguna competencia directa en el ámbito de la política audiovisual y de los medios de comunicación, como tampoco lo hace el TFUE. La competencia en materia de medios de comunicación se basa más bien en varios artículos del Tratado para elaborar políticas en los distintos sectores de los medios y tecnologías de comunicación, y para proporcionar una orientación sobre las funciones principales inherentes a la política de los medios de comunicación.

No obstante, estos últimos años se ha prestado una atención específica a las revisiones de los Tratados, en lo que a la configuración de la política audiovisual se refiere. Por tanto, los fundamentos jurídicos para la elaboración de la política audiovisual y de los medios de comunicación son variados y se basan en distintas fuentes. Esta diversidad es necesaria habida cuenta de la compleja naturaleza de los bienes y servicios de los medios de comunicación, que se caracterizan por no ser únicamente bienes culturales ni simplemente bienes económicos.

El instrumento regulatorio básico de la Unión Europea en materia audiovisual es la Directiva 2010/13/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2010, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual, DSCA, en adelante).

En la regulación del sector audiovisual, la Unión Europea ha contemplado, tradicionalmente, su doble naturaleza: por un lado, como servicio económico donde debe imperar la libertad de mercado, con pleno respeto a las normas de competencia;



por otro, como servicio cultural esencial, con una importancia creciente para la ciudadanía y la democracia, por garantizar la libertad de la información, la diversidad de opinión y el pluralismo político, lo que justifica su regulación.

Desde la Directiva 89/552/CEE “*Televisión Sin Fronteras*” hasta la Directiva 2010/13/UE, la normativa europea ha recogido esa dicotomía. La última gran modificación de la normativa europea tuvo lugar en 2007, con la aprobación de la Directiva 2007/65/CE<sup>2</sup>, que quedó posteriormente codificada por la Directiva 2010/13/UE.

La Directiva 2007/65/CE dio un auténtico salto en la regulación de los servicios audiovisuales, tanto los tradicionales o ‘lineales’ (según la nueva terminología empleada en este texto comunitario), como los ‘no lineales’ o a demanda, a los que se puede acceder a través de Internet o la telefonía móvil, por ejemplo. Esta Directiva fue considerada un ejemplo de legislación convergente, al poner sobre la mesa la incorporación de toda una nueva oferta de contenidos audiovisuales accesibles en la Red, que implicaba disponer de una perspectiva regulatoria sobre los mismos, en tanto prestaran servicios equiparables a la televisión tradicional.

La Directiva 2010/13/UE consolidó en un texto comprensible el gran hito regulatorio de las distintas revisiones del marco comunitario audiovisual, en particular la trascendental revisión efectuada mediante la Directiva 2007/65/CE. Debe subrayarse, no obstante, que las instituciones de la Unión Europea impulsan periódicamente un extenso examen de la política audiovisual.

La convergencia en el mercado audiovisual llevó a la Comisión Europea a lanzar una consulta sobre sus efectos en abril de 2013. Ello, para sopesar la conveniencia de modificar la legislación europea vigente y, en particular, la Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual 2010/13/UE, a la vista del crecimiento progresivo de los medios de acceso a los contenidos televisivos (televisores con conectividad a Internet añadida, servicios de comunicación audiovisual prestados a través de ordenadores personales, portátiles, tabletas o teléfonos móviles, entre otros).

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC, en lo sucesivo) en la Contestación a la consulta pública de la Comisión Europea sobre la Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual, “*Un marco para los medios de comunicación del siglo XXI*” (IPN-DTSA-020-15), se hace eco del análisis que la Comisión Europea está efectuando en la actualidad, para abordar una nueva modificación de la normativa comunitaria, a la vista de los avances que han hecho que la convergencia entre el mundo de las telecomunicaciones, la sociedad de la información y el audiovisual, permita ofertar servicios aunados por esos tres sectores.

---

<sup>2</sup> Directiva 2007/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifica la Directiva 89/552/CEE del Consejo sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva.



El informe recoge la irrupción en el mercado de nuevos agentes, centrados en la distribución de contenidos audiovisuales, como los servicios *Over-The-Top* (OTT), que ofrecen por Internet contenidos audiovisuales con modelos de negocios muy variados y diferentes de los utilizados por los operadores tradicionales. También tiene en cuenta que los operadores tradicionales, tanto los de televisión en abierto como los de pago, están ofreciendo nuevas formas de acceso a sus contenidos, eminentemente online, como consecuencia del cambio en los hábitos de consumo de los espectadores.

Tales avances han conllevado la aparición de nuevas figuras en el mercado, si bien al margen de la regulación audiovisual. Dentro de estas se pueden identificar servicios híbridos que prestan indistintamente servicios lineales y no lineales, los motores de búsqueda, las plataformas o intermediarios digitales, como las webs de *videostreaming*, que aportan una mayor visibilidad a los vídeos generados por los usuarios finales (UGC), a la vez que abren nuevas vías de distribución a los prestadores tradicionales.

#### **IV.II. Normativa estatal**

El artículo 149.1.27ª de la Constitución Española establece que corresponde al Estado la competencia exclusiva para dictar las normas básicas del régimen de la radio y la televisión y, en general, de todos los medios de comunicación social, sin perjuicio de las facultades que en su desarrollo y ejecución correspondan a las Comunidades Autónomas.

La entrada en vigor de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (en adelante, LGCA), supuso la introducción de un nuevo modelo de regulación aplicable al conjunto del sector audiovisual. Tal modelo se basa en el principio de liberalización de la prestación de los servicios de comunicación audiovisual que, de acuerdo con el texto, ya no son calificados como servicios públicos, sino como servicios de interés general que se prestan en régimen de libre competencia, con las restricciones derivadas de la limitación del espectro radioeléctrico y la protección de los intereses de los ciudadanos.

La Ley 7/2010 sirvió como instrumento de transposición de la Directiva 2007/65/CE de Servicios de Comunicación Audiovisual, posteriormente integrada y codificada en la Directiva 2010/13/UE.

La norma estatal introdujo un nuevo marco regulador de la comunicación audiovisual en su conjunto; en especial, de la comunicación comercial, como derecho reconocido a los prestadores del servicio de comunicación audiovisual, y creó un régimen jurídico basado en la liberalización de la prestación de los servicios, teniendo en cuenta que estos se desarrollan en un mercado plural, abierto y competitivo.

Además, en ella se hace una revisión de las normas básicas que deben regular la publicidad en televisión, se fijan determinadas obligaciones a los servicios de comunicación audiovisual relativos a protección de los menores y de la industria



audiovisual europea, al tiempo que se garantiza el derecho a la información frente a situaciones de contratos de exclusividad.

La LGCA establece el régimen jurídico de los servicios de comunicación audiovisual y, especialmente, de aquellos sometidos a la necesidad de licencia o concesión y autorización administrativa previa. Se regula así el régimen de concesión, arrendamiento, cesión, renovación o extinción de las licencias.

El texto legal aborda también los aspectos destinados a garantizar el pluralismo y el respeto a los principios y normas de la competencia en el mercado audiovisual, con el objetivo de evitar el abuso de posición de dominio.

#### **IV.III. Normativa autonómica**

El Estatuto de Autonomía para Andalucía, en su artículo 69 atribuye a la Comunidad Autónoma de Andalucía la competencia de desarrollo legislativo y de ejecución sobre los medios de comunicación social en el marco de la legislación básica del Estado.

En su Título VIII concreta las previsiones estatutarias en materia de medios de comunicación social; la publicidad institucional; el servicio público radiotelevisivo; los medios públicos; la promoción de la cultura andaluza y el reconocimiento y uso de la modalidad lingüística andaluza, en sus diferentes hablas. También recoge el control parlamentario; la planificación y el uso del espacio radioeléctrico en Andalucía y el papel del Consejo Audiovisual de Andalucía como autoridad audiovisual, garante de los derechos, libertades y valores constitucionales y estatutarios en los medios de comunicación audiovisual.

El Anteproyecto de Ley Audiovisual de Andalucía se dicta en el contexto legislativo audiovisual ya existente, integrado por la Ley 1/2004, de 17 de diciembre, de creación del Consejo Audiovisual de Andalucía y la Ley 18/2007, de 17 de diciembre, de la radio y televisión de titularidad autonómica, gestionada por la Agencia Pública Empresarial de la Radio y Televisión de Andalucía. Esta última es objeto de diversas modificaciones en la versión del texto remitido a la ADCA.

Además, el proyecto normativo está llamado a derogar los contenidos de los siguientes decretos en cuanto se opongan a su dictado:

- El Decreto 174/2002, de 11 de junio, por el que se regula el régimen de concesión por la Comunidad Autónoma de Andalucía de Emisoras de Radiodifusión Sonora en ondas métricas con modulación de frecuencia y la prestación del servicio por parte de los concesionarios.
- El Decreto 1/2006, de 10 de enero, por el que se regula el régimen jurídico de las televisiones locales por ondas terrestres en Andalucía.



– Y el Decreto 219/2006, de 19 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico y de Funcionamiento del Consejo Audiovisual de Andalucía, modificado por Decreto 135/2012, de 22 de mayo.

## **V. CARACTERIZACIÓN DEL MERCADO AUDIOVISUAL E INCIDENCIA SOBRE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA**

El sector audiovisual ha sido analizado en numerosas ocasiones por la CNMC y por la extinta Comisión Nacional de la Competencia (en adelante, CNC), con ocasión del control de las operaciones de concentración económica, en las que se ha estudiado, en particular, el ámbito de la televisión. Se ha realizado un detallado análisis de la cadena de valor del proceso de producción, comercialización y emisión de productos audiovisuales por televisión, describiendo un conjunto de grupos de mercados verticalmente relacionados<sup>3</sup>. Según la información expuesta con ocasión de estos expedientes se puede realizar la descripción siguiente:

1. El primer eslabón de la cadena lo conforman los mercados de producción de contenidos audiovisuales, pudiendo formar parte de este grupo los mercados de producción de (i) películas y series; (ii) otros programas de televisión, y (iii) noticias.

2. En segundo lugar, se encontrarían los mercados de comercialización de contenidos. Forman parte de este grupo los mercados de derechos de retransmisión de (i) películas y series de estreno; (ii) películas y series de catálogo; (iii) partidos de Liga y Copa de S.M. el Rey de fútbol; (iv) otros acontecimientos deportivos; y (v) otros programas de televisión.

3. A continuación, aguas abajo, se encontraría el mercado de distribución de canales de televisión. Formarían parte de este mercado las transacciones entre oferentes (licenciatarios de múltiplex de TDT y propietarios de plataformas de televisión) y demandantes de capacidad de emisión televisiva (editores de canales).

4. Finalmente, en el último eslabón, se encuentran los mercados de televisión, que englobarían: (i) el mercado de televisión en abierto; (ii) el mercado de televisión de pago y (iii) el mercado de publicidad en televisión. En este caso, tendríamos:

4.1. Mercado de distribución de contenidos audiovisuales. Las dos principales tecnologías de distribución de servicios de televisión por internet son OTT (Over the Top Technology, en referencia a que se ofrece por encima del proveedor de internet) y Televisión por Protocolo de Internet (en adelante, IPTV). Ejemplos de operadores de televisión IPTV serían TELEFÓNICA u ONO. OTT, al utilizar la red pública de internet,

<sup>3</sup> Resolución del Consejo de la CNMC, de 22/04/2015, (Expte. C/0612/14 TELEFÓNICA/DTS)-Resolución del Consejo de la CNMC, 14/05/2015, en el expediente C/0648/15 GODÓ / MEDIASET / EDICA.





en principio no necesita negociar con proveedores de internet o invertir en su propia red. Ejemplos de OTT serían YOUTUBE, Yomvi (DTS) o WUAKI.

4.2. Mercado de Producción de contenidos audiovisuales, que son inputs necesarios para configurar la parrilla y poder competir en los mercados de televisión captando abonados o espectadores:

- Producción de películas.
- Producción de series y otros programas para televisión. En este caso, la oferta está muy atomizada y compuesta por productores independientes y cadenas de televisión, para consumo propio o ajeno.

Igualmente, podrían diferenciarse los mercados de comercialización de contenidos audiovisuales según se trate de películas, series, fútbol, otros deportes, entre otros. Estos mercados mayoristas también pueden segmentarse según el carácter *premium* del contenido comercializado. Por ejemplo, las películas y series de estreno, especialmente las producidas por las grandes productoras norteamericanas (*majors*), suelen atraer más abonados y tienen, por tanto, una connotación de contenidos *premium*.

La comercialización mayorista de los derechos de retransmisión de acontecimientos deportivos, puede también desglosarse en diferentes mercados, según la trascendencia del evento. Así, las competiciones regulares más relevantes del fútbol formarían un mercado diferenciado y dentro de éste, los antecedentes mencionados han considerado la posibilidad de definir un mercado más estrecho de adquisición y reventa de los derechos de retransmisión de la Liga y Copa de S.M. el Rey de fútbol, frente a otras competiciones europeas (UEFA Champions League y UEFA Europa League).

Por otro lado, hay que señalar la importancia del subsector de publicidad en el sector audiovisual, y, en especial, en la televisión. En efecto, ha de entenderse como un mercado diferenciado de otros canales publicitarios convencionales, entre otras razones, porque para un número significativo de anunciantes de productos de gran consumo, la publicidad en televisión es un canal publicitario esencial, que por su cobertura, impacto e inmediatez, puede ser sustituido de forma muy limitada por otros canales publicitarios.

Sirvan los datos macroeconómicos que se muestran en el cuadro 1 como una referencia de lo que representa este sector en España. Por su parte, según los datos aportados por el Centro Directivo, la evolución del sector audiovisual andaluz puede calificarse de satisfactoria en los últimos años, de tal manera que en el periodo anterior al año 2010 el incremento del volumen de empresas adheridas superaba a la tendencia marcada a nivel nacional. No obstante, en los últimos años se ha producido el cierre de muchas empresas y la reestructuración de muchas otras en búsqueda de su viabilidad económica y empresarial. En efecto, desde el año 2000, se crearon más de 2.500 empresas dedicadas a actividades audiovisuales en Andalucía, alcanzando en 2008 la cifra total de 4.758. Sin embargo, en 2015 existen 1.027 empresas según la Guía



Audiovisual de Andalucía, las cuales generan empleo para 1.435 profesionales de este sector.

**Cuadro 1: El sector audiovisual nacional periodo 2010-2014.**

	2010	2011	2012	2013	2014
<b>INGRESOS Y BENEFICIOS</b>					
Ingresos del sector (mill €)	39.799,24	37.947,91	35.269,93	32.844,88	30.888,47
Ingresos per cápita (€)	856,14	813,16	753,34	702,90	664,09
Ingresos por hogar (€)	2.600,72	2.449,16	2.271,13	2.074,74	1.933,63
Ingresos por empleado (€)	511.302,7	506.850,6	517.351,5	508.387,4	489.066,64
Ingresos de servicios (€)	3,08	2,95	2,81	2,64	2,45
<b>EMPLEO</b>					
Empleados en el sector	77.839,00	74.870,00	68.174,00	64.606,00	63.158,00
Empleados en el sector en relación con el empleo total (%)	0,33	0,32	0,29	0,28	0,27
<b>INVERSIÓN</b>					
Inversión total en el sector (mill €)	4.473,94	5.919,44	4.055,59	3.899,87	5.068,22
Inversión por habitante (€)	96,24	126,84	86,62	83,46	108,97
Inversión total sobre Formación Bruta de Capital Fijo (%)	1,92	2,73	2,05	2,01	2,54
<b>PUBLICIDAD</b>					
Gasto en publicidad (mill €)	854,10	776,01	771,80	646,82	538,66
<b>INDICADORES ECONÓMICOS</b>					
Población (miles)	46.486,62	46.667,18	46.818,22	46.727,89	46.512,20
Empleo total (miles)	23.377,10	23.440,30	23.360,40	23.070,90	23.026,80
PIB a precios corrientes (mill €)	1.080.913,00	1.070.413,00	1.042.872,00	1.031.272,00	1.041.160,00
Formación Bruta de Capital Fijo (mill €)	232.481,00	216.659,00	197.541,00	194.310,00	199.828,00
Hogares (miles)	15.303,14	15.494,27	15.529,69	15.830,87	15.974,34
IPCA, España (2005=100)	112,90	116,35	119,18	121,00	120,77

Fuente: CNMC (2016). CNMC-Data [Base de datos]. Disponible en: [http://data.cnmc.es/datagraph/jsp/inf\\_anual.jsp](http://data.cnmc.es/datagraph/jsp/inf_anual.jsp) -1.Datos generales del sector//f. El sector en la economía nacional//Parámetros macroeconómicos.



En cuanto a la distribución territorial de la actividad audiovisual en territorio andaluz, podemos advertir una clara tendencia histórica a la concentración territorial en las provincias de Málaga y Sevilla (ver cuadro 2). Ambas agrupadas, representan más de la mitad de los establecimientos audiovisuales, como demuestra el hecho de que 6 de cada 10 empresas audiovisuales han instalado sus establecimientos en una de estas dos provincias.

Entre las restantes provincias la concentración es menos llamativa, situándose Cádiz en tercera posición con una cifra de establecimientos en una relación tres veces superior a las que ocupan las que se encuentran en las últimas posiciones (Huelva y Jaén).

**Cuadro 2: N° de empresas de actividades audiovisuales en Andalucía (Año 2015)**

Provincia	N° de puestos de trabajo	N° de empresas	N° empresas /total %
Almería	38	51	4,97
Cádiz	114	81	7,89
Córdoba	54	59	5,74
Granada	93	107	10,42
Huelva	35	29	2,82
Jaén	45	16	1,56
Málaga	325	230	22,40
Sevilla	731	454	44,21
<b>TOTAL</b>	<b>1.435</b>	<b>1.027</b>	<b>100,00</b>

Fuente: "Guía del Audiovisual-TIC en Andalucía".

Por otro lado, según los datos de la Contabilidad Regional Anual de Andalucía del 2013, del Instituto de Estadística y Cartografía, la aportación del sector de actividades cinematográficas, de video y programas de televisión, grabación de sonido y edición musical, así como las actividades de programación y emisión de radio y televisión, alcanzaron los 254.472.000 euros, lo que supone el 0,2% del Producto Interior Bruto de la Comunidad Autónoma de Andalucía.



## VI. ANÁLISIS DE COMPETENCIA, UNIDAD DE MERCADO Y MEJORA DE LA REGULACIÓN

### VI.1. Consideraciones previas

La Ley 3/2014, de 1 de octubre, de medidas normativas para reducir las trabas administrativas para las empresas, modificó el artículo 2 de la Ley 6/2007, de 26 de junio, de Promoción y Defensa de la Competencia de Andalucía, para incorporar la mejora de la regulación económica a los fines de la ADCA.

Con tal propósito, al analizar las distintas iniciativas normativas que le han sido remitidas para su informe, la ADCA constata si los órganos proponentes han tenido en cuenta los principios de mejora regulatoria en su redacción (eficiencia, necesidad, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, accesibilidad, simplicidad y eficacia).

Tales principios son enunciados en el artículo 2.2 de la Ley 6/2007 y su aplicación permite detectar disfunciones, que la ADCA evidencia en sus informes y acompaña de recomendaciones, con el siguiente propósito:

- Eliminar las barreras que restringen injustificadamente las actividades económicas e impiden o retrasan los nuevos proyectos emprendedores, su expansión y la creación de empleo.
- Impulsar el proceso de simplificación de trámites administrativos, sirviéndose de las tecnologías de la información y de la coordinación entre las distintas Administraciones.
- Verificar si las normas están justificadas, sus preceptos permiten el libre juego en el mercado y no suponen discriminación entre los operadores.
- Coadyuvar a que el órgano proponente redacte normas simples y comprensibles, descarte las regulaciones innecesarias y evite duplicidades o normas reiterativas.
- Mejorar la protección de los derechos de los consumidores y usuarios.

La Ley 3/2014, amplió además el ámbito objetivo de las funciones consultivas de la ADCA. De este modo, al habitual análisis sobre competencia de los Proyectos Normativos se suma la obligación de efectuar su examen desde la óptica de la unidad de mercado (que permite detectar si la regulación introduce restricciones a las libertades de establecimiento y circulación de los operadores económicos), así como de su incidencia sobre las actividades económicas.

De acuerdo con la norma precitada, y en atención a las competencias y funciones que la ADCA tiene atribuidas, legal y estatutariamente, el Anteproyecto de Ley Audiovisual de Andalucía se examinará desde la triple perspectiva de la política de competencia, la mejora de la regulación económica y la unidad de mercado.



## **VI.II. Observaciones generales**

En la Memoria de Evaluación de la Competencia, el órgano proponente reconoce la existencia de restricciones a la competencia. En el Test de Evaluación de la competencia se señala, en concreto, que la norma introduce limitaciones en el libre acceso al mercado, como el establecimiento de requisitos previos para operar o la necesidad de obtener licencias, permisos o autorizaciones. También, que incrementa de forma significativa las restricciones técnicas o los costes de entrada o salida del mercado, de modo que pueden dificultar el acceso de nuevas empresas.

Se admite, además, la existencia de restricciones a la competencia entre las empresas que operan en el mercado, al indicarse que limita la oferta de las diferentes empresas. Por último, se pone de manifiesto que la iniciativa normativa puede reducir los incentivos para competir entre las empresas, en la medida en que permite un régimen de autorregulación o corregulación de determinadas actividades económicas o profesionales.

Como se mostrará más adelante, el estudio del Anteproyecto de Ley permite apreciar otras disposiciones normativas que inciden en la competencia y en la unidad de mercado. La Consejería proponente, en el escrito de contestación a la solicitud de información adicional efectuada, recibido en la ADCA con fecha 9 de marzo de 2016, justifica buena parte de las restricciones a la competencia contenidas en la regulación propuesta, en que las mismas se derivan de la propia configuración legal del sector, en la que la normativa básica del Estado, en el caso que nos ocupa, la LGCA (Ley 7/2010), juega un papel determinante.

No obstante lo anterior, conviene precisar, ya desde un principio, que el referido proyecto normativo recoge una serie de limitaciones o restricciones al acceso y ejercicio de las actividades económicas de este sector que, solo en algunos supuestos, derivan de lo dispuesto en la Ley 7/2010. Además, es preciso indicar que esta norma estatal data del año 2010 y con posterioridad a su aprobación, ha tenido lugar la promulgación de normas tan relevantes, desde la óptica de las buenas prácticas regulatorias, como la LGUM o la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

En este orden de consideraciones, la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, no resultaba aplicable a los servicios audiovisuales, de conformidad con el artículo 2.2, letra g); es decir, aquellos cuya finalidad principal es la comunicación de imágenes en movimiento con o sin sonido, incluida la televisión y la exhibición de películas en cines, independientemente del modo en que se produzcan, distribuyan o transmitan, abarcando la exclusión, asimismo, a los servicios de radiodifusión. Sin embargo, la LGUM tiene un ámbito de actuación mucho más amplio que el de la Directiva de Servicios (transpuesta a nuestro ordenamiento mediante la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio), pues



abarca el acceso y ejercicio de actividades económicas en condiciones de mercado por operadores económicos legalmente establecidos en el territorio nacional (art.2 LGUM). Y en tal sentido, cabe considerar que los servicios audiovisuales entrarían dentro del ámbito de aplicación de la LGUM, de acuerdo con la definición de las actividades económicas, recogida en el apartado b) del Anexo de la LGUM<sup>4</sup>.

La LGUM, que obliga a todas las Administraciones públicas españolas a observar en sus disposiciones los principios establecidos para proteger las libertades de acceso a las distintas actividades económicas y su ejercicio, en su artículo 9.1 denominado “*garantía de las libertades de los operadores económicos*”, recoge los principios que deben observarse en los siguientes términos:

*“Todas las autoridades competentes velarán, en las actuaciones administrativas, disposiciones y medios de intervención adoptados en su ámbito de actuación, por la observancia de los principios de no discriminación, cooperación y confianza mutua, necesidad y proporcionalidad de sus actuaciones, eficacia en todo el territorio nacional de las mismas, simplificación de cargas y transparencia”.*

Por otra parte, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que entrará en vigor el próximo 2 de octubre, establece los cauces para asegurar que el ejercicio de la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria de las Administraciones Públicas se desarrolle de acuerdo con los principios de buena regulación; esto es, los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia y eficiencia.

Como ya se ha señalado en líneas previas, no puede perderse de vista que la Comisión Europea está planteándose la necesidad de modificar la legislación europea vigente en el sector audiovisual y, en particular, la Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual 2010/13/UE, de 10 de marzo de 2010, a la vista del crecimiento progresivo de los medios de acceso a los contenidos televisivos.

### **VI.III. Observaciones sobre el articulado**

#### **1. Sobre el ámbito de aplicación de la norma, los sujetos obligados y las exclusiones.**

El artículo 2 del proyecto normativo establece su ámbito de aplicación, que se circunscribe a:

- a) Los servicios públicos de comunicación audiovisual de titularidad de la

---

<sup>4</sup> En concreto, el apartado b) del Anexo de la LGUM define las actividades económicas como: “*b) Actividad económica: cualquier actividad de carácter empresarial o profesional que suponga la ordenación por cuenta propia de los medios de producción, de los recursos humanos, o ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o en la prestación de servicios.*”



Administración de la Junta de Andalucía.

- b) Los servicios de comunicación audiovisual cuyos títulos habilitantes hayan sido otorgados por la Administración de la Junta de Andalucía o ante la que deba presentarse comunicación previa.
- c) Los servicios de comunicación audiovisual prestados en Andalucía sin disponer de título habilitante o sin haber cumplido el deber de comunicación previa, independientemente de que los mismos se difundan también fuera de ella.
- d) Las personas físicas o jurídicas que estén relacionadas con la prestación del servicio de comunicación audiovisual, en cuanto a los derechos, las obligaciones y las responsabilidades que determina la presente Ley.

A la luz del contenido del mencionado precepto, cabe considerar que debería delimitarse con una mayor concreción los ámbitos objetivo y subjetivo de la norma; es decir, las actividades incluidas y los sujetos destinatarios; o dicho en otros términos, a qué prestadores de servicios de comunicación debe aplicarse su articulado, más allá de reseñar que los obligados son quienes dispongan de un título habilitante o deban presentar una comunicación previa; aquellos otros que presten servicio sin título habilitante o sin cumplir el trámite de comunicación; o personas físicas y jurídicas relacionadas con la prestación del servicio. Ello, en aras a la claridad normativa, a la seguridad jurídica y a fin de garantizar la propia eficacia de la norma.

En concreto, sería conveniente determinar de una forma clara a qué personas físicas y jurídicas se refiere el apartado d) del citado artículo 2 cuando señala *“a las personas físicas y jurídicas que estén relacionadas con la prestación del servicio audiovisual, en cuanto a los derechos, las obligaciones y las responsabilidades que determinan la presente Ley”*.

Asimismo, se echa en falta la aclaración de qué prestadores de servicios estarían fuera del ámbito de aplicación de este Anteproyecto de Ley, si bien su actividad pudiera tener relación con el sector audiovisual. Todo ello, al objeto de determinar de una forma clara y segura cuáles son los operadores económicos a los que le es de aplicación el régimen establecido en esta norma.

Una mayor claridad en la determinación del ámbito de aplicación permitirá una mayor congruencia entre la decisión del legislador y la regla establecida<sup>5</sup>. La claridad es un elemento central y estratégico del principio de eficacia, como principio de mejora de la regulación, porque da sentido a la fuerza ejecutiva y el carácter imperativo que el legislador ha otorgado a la regla promulgada.

Debe recordarse que el ámbito de validez es el contorno que delimita la aplicación de una norma y obedece a cuatro criterios: territorial, temporal, material y personal. El

---

<sup>5</sup> Sobre la integración de las normas en el ordenamiento jurídico y su contribución al principio de seguridad jurídica de los destinatarios, véase el *Manual Práctico de Técnica Normativa*. Instituto Andaluz de Administración pública, Sevilla 2015 (ISBN 978-84-8333-642-7).



ámbito territorial de validez es el lugar físico donde un precepto es aplicable; el temporal está constituido por el lapso durante el cual conserva su vigencia; el material, por la materia que regula; y el personal, por los sujetos a quienes obliga. En la sistemática normativa española, los ámbitos de validez espacial, material y personal deben figurar entre las disposiciones generales, en los primeros artículos del texto.

Si se parte de la premisa de que las leyes deben ser promulgadas de forma tal que permita su conocimiento por todas *“las personas obligadas”*, el éxito en la aplicación del proyecto normativo que nos ocupa sobre un sector tan extenso de actividad como el audiovisual, dependerá de la capacidad que tenga para subsumir o reconocer actos particulares, cosas, y circunstancias en sus clasificaciones generales.

La mayor concreción del ámbito objetivo y subjetivo se predica doblemente importante en supuestos en que las regulaciones de sectores económicos están incluidas en normas diversas, a menudo producidas por Administraciones Públicas diferentes. Como en este caso, donde la LGCA regula la comunicación audiovisual de cobertura estatal y establece las normas básicas en materia audiovisual, sin perjuicio de las competencias reservadas a las Comunidades Autónomas y a los entes locales en sus respectivos ámbitos.

Recuérdese que, en términos de competencia, la dispersión normativa puede reducir la transparencia del marco normativo y operar como una barrera de entrada a los mercados, que protege a los ya establecidos en detrimento de los entrantes, menos conocedores del ordenamiento jurídico, de sus lagunas y de sus peculiaridades. La transparencia debe aplicarse en igual medida a la ejecución de la norma. En particular, en presencia de restricciones a la entrada y al ejercicio de la actividad.

En cuanto al ámbito de aplicación relacionado con los servicios de comunicación audiovisual prestados en Andalucía y, en concreto, en relación con el apartado c) del mencionado artículo 2, debería especificarse si la Ley se aplicará de acuerdo con el principio de eficacia nacional establecido en la LGUM, en el sentido de que aquellos profesionales del sector audiovisual que dispongan de la correspondiente licencia o hayan presentado las correspondientes comunicaciones previas frente a las autoridades autonómicas competentes, podrán ejercer su actividad en Andalucía, sin perjuicio de las labores de comprobación y control correspondientes en el marco de lo señalado en el capítulo VI de la LGUM.

## **2. Sobre los derechos de la ciudadanía y servicios de comunicación audiovisual, así como sobre los principios de la política audiovisual.**

La LGCA, en su artículo 22.1 dispone lo siguiente:

*“Los servicios de comunicación audiovisual radiofónicos, televisivos y conexos e interactivos son servicios de interés general que se prestan en el ejercicio del derecho a la libre expresión de ideas, del derecho a comunicar y recibir información, del derecho a*





*la participación en la vida política y social y del derecho a la libertad de empresa y dentro del fomento de la igualdad, la pluralidad y los valores democráticos”.*

También, cabe poner de manifiesto la inclusión en la norma proyectada de criterios que podrían vulnerar lo dispuesto en la LGUM. A este respecto, debe señalarse que el artículo 13.4 del Anteproyecto de Ley estaría haciendo referencia a requisitos prohibidos, relacionados con la inclusión en el proceso de valoración para la adjudicación de licencias de criterios que no guardan relación directa con el objeto de la actividad, sino con obligaciones de ejercicio que entran en el terreno voluntario de la prestación del mismo. En concreto, se alude a *“criterios que incentiven el ejercicio efectivo del derecho de acceso”*, en el caso de prestadores de servicios de comunicación audiovisual privados de carácter comercial.

Contemplar en la norma medidas tendentes a promover la efectividad del derecho de acceso puede alterar el funcionamiento competitivo del mercado, dado que con ello se estaría afectando a una decisión o actuación que, en principio, tendría que realizarse libremente por el operador a la hora de prestar su servicio, no debiendo preceptuarse, por lo tanto, como un requisito para acceder a la licencia.

En este sentido, establecer el ejercicio del derecho de acceso como una obligación para acceder a la licencia entraña la exclusión del mercado de aquellos operadores que no puedan afrontar este requisito en el momento de la solicitud, pero que sí dispongan de los medios necesarios para ofrecer un servicio de calidad. Este tipo de restricción, además, no se encontraría amparada por una razón imperiosa de interés general ni sería proporcionada. Consecuentemente, podría considerarse una actuación limitativa de la libertad de establecimiento y la libertad de circulación, en los términos de lo dispuesto en el artículo 18.2 i) de la LGUM, al tratarse de requisitos no vinculados a los necesarios para la obtención de la licencia.

Asimismo, cabe significar que el artículo 15 señala que *“la acción institucional de la Administración de la Junta de Andalucía tendrá los siguientes objetivos específicos de actuación en el sector audiovisual: (...) l) En función de la disponibilidad del espectro, se tenderá con carácter global a obtener un equilibrio entre los prestadores del sector público, los comunitarios sin ánimo de lucro y los privados de carácter comercial”*.

La referencia en la norma a este tipo de criterios puede dar lugar a situaciones marcadas por una elevada discrecionalidad en el actuar de la Administración competente.

En relación al cumplimiento de la normativa de carácter transversal en el marco de los principios de la política audiovisual, debe significarse que en el Capítulo primero del Título III del Anteproyecto de Ley se citan, entre los principios de la política audiovisual, una serie de líneas de acción como son: la protección y conservación del medio ambiente, el fomento de empleo y las políticas de igualdad de género, entre otras.

Si se parte de la premisa de que las empresas y profesionales que desarrollan la actividad audiovisual en todo caso deberán cumplir con la normativa que les sea de



aplicación de forma sectorial, debería evitarse incluir previsiones que pudieran generar obligaciones adicionales a los prestadores de estos servicios cuando la propia normativa sectorial no las prevea. Ello, a fin de cumplir con los principios de simplificación de cargas y de transparencia, establecidos en los artículos 7 y 8 de la LGUM. En tal sentido, habría que ser especialmente cuidadoso en la incorporación de obligaciones ligadas a políticas de promoción de este sector o de requisitos relativos a la protección del medio ambiente (como medidas de eficiencia energética obligatorias más allá de los parámetros recogidos en la normativa sectorial), de fomento o capacitación empresarial, que excedan del objetivo previsto en la norma y que vayan dirigidos a la ordenación del sector audiovisual.

### **3. En relación con la creación del Registro de prestadores de servicios de comunicación audiovisual.**

El artículo 27 del Anteproyecto de Ley crea el Registro de prestadores de servicios de comunicación audiovisual de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Este Registro obedece a una disposición básica estatal, contemplada en el artículo 33 de la LGCA.

De acuerdo con el proyecto normativo, resulta obligada la inscripción para las personas físicas y jurídicas que tengan una participación significativa en las entidades prestadoras de servicios de comunicación audiovisual en función de lo que señala la citada norma básica pero, también, para dos tipos de operadores que intervienen en el mercado audiovisual en Andalucía.

En concreto, deberán inscribirse en tal Registro, tanto los prestadores de servicios que disponen de una licencia concedida por la autoridad competente andaluza, como aquellos que tienen el deber de comunicación previa a la autoridad competente para poder iniciar su actividad económica.

En este sentido, en el apartado 4 del artículo 27 se indica que los efectos del citado Registro no son constitutivos sino declarativos, en atención al principio de simplificación de cargas (artículo 7 de la LGUM). No obstante, considerando que la información sobre los operadores económicos mencionados ya obra en poder de la administración competente, sería aconsejable que quedara recogido de forma expresa en el propio precepto que la inscripción en este Registro se realizará de oficio por parte de la administración competente.

Adicionalmente, convendría que se aclarase que aquellos operadores audiovisuales que se encuentren inscritos en los registros que a tal efecto se encuentren creados en otras Comunidades Autónomas no tendrían que inscribirse en el de la Comunidad Autónoma de Andalucía; ello, de acuerdo con el principio de eficacia de las actuaciones de las autoridades competentes en todo el territorio nacional regulado en los artículos 6 y 20 de la LGUM y atendiendo, asimismo, al tenor literal del apartado cuarto del artículo 33 de la precitada Ley 7/2010, según el cual: *“Las autoridades audiovisuales competentes del Estado y de las Comunidades Autónomas deberán articular un cauce que asegure la*



*necesaria coordinación entre el Registro estatal y los registros autonómicos, y facilite el acceso por medios telemáticos al conjunto de datos obrantes en los mismos”.*

#### **4. Sobre la atribución a la ADCA de la resolución de discrepancia entre operadores.**

El artículo 33.4 del proyecto normativo establece la libertad de acceso de los operadores radiofónicos a los estadios y recintos para retransmitir en directo los acontecimientos deportivos, a cambio de una compensación económica equivalente a los gastos generados por ejercer tal derecho. Asimismo, el precepto atribuye a la ADCA la resolución de discrepancias entre las partes en la fijación de la cuantía.

Tal atribución sobrepasa las limitaciones sustantivas que condicionan la actividad de la ADCA. Las competencias de la ADCA tienen su origen en el Estatuto de Autonomía, según el cual la Comunidad Autónoma tiene competencia exclusiva en materia de promoción de la competencia y en el establecimiento y regulación de un órgano independiente de defensa de la competencia y competencia ejecutiva en defensa de la competencia (artículo 58.1.5º y 58.4.5º). Tal disposición se complementa con el artículo 164, que contempla la creación por ley de un órgano independiente de defensa de la competencia y dispone que la Junta de Andalucía pueda instar a los organismos estatales de defensa de la competencia cuanto estime necesario para el interés general de Andalucía en esta materia.

Esta previsión estatutaria descansa sobre un doble criterio material y territorial de asignación de la competencia y fundamenta la adecuación de los medios de la ADCA a los fines que le han sido confiados. Es decir, los elementos organizativos se sustentan sobre el principio de especialización que comporta la asignación de la misión a un órgano creado específicamente para su desempeño.

Esa misión es el presupuesto previo que habilita y legitima la actuación administrativa de la ADCA y de sus órganos, que se rige fundamentalmente por la Ley 6/2007, de 26 de junio, de Promoción y Defensa de la Competencia de Andalucía, y por sus Estatutos aprobados mediante Decreto 289/2007, de 11 de diciembre<sup>6</sup>.

En concreto, el órgano de resolución y dictamen es el Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía. De acuerdo con la normativa, le corresponde intervenir en dos grandes áreas de actuación:

En primer lugar, le corresponden todas las funciones y facultades de resolución de procedimientos establecidos en la normativa estatal reguladora de la defensa de la competencia, relativos a actividades económicas que, sin afectar a un ámbito territorial más amplio que el de la Comunidad Autónoma de Andalucía, alteren o puedan alterar la libre competencia en el mercado en el ámbito territorial de esta.

<sup>6</sup> Dicho reglamento fue reformado por el Decreto 290/2015, de 21 de julio, por el que se modifican los estatutos de la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía.



En segundo lugar, le corresponde emitir los dictámenes en materia de libre competencia, unidad de mercado y mejora de su regulación económica, interesar la instrucción de expedientes por el Departamento de Investigación de Defensa de la Competencia de Andalucía y adoptar las medidas cautelares que procedan.

En términos idénticos al Anteproyecto de Ley objeto de análisis, la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC atribuye a dicho ente la resolución de los conflictos que se susciten en relación con el acceso a estadios y recintos deportivos por los prestadores de servicios de comunicación audiovisual radiofónica.

Debe hacerse notar, sin embargo, que la CNMC ha sido objeto de una convergencia orgánica y que la Ley 3/2013 le asigna dos parcelas de actividad administrativa, claramente delimitadas.

Por un lado, como organismo supervisor, su misión es garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento del mercado, así como la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos en beneficio de los consumidores y usuarios. En este caso, y como autoridad de competencia, la CNMC ejerce lo que se denomina un control ex post de la libre competencia, investigando y sancionando las conductas contrarias a la normativa de defensa de la competencia, y un control ex ante, examinando las operaciones de concentración empresarial.

Desde esta vertiente, también ejerce una actividad de promoción, para fomentar y favorecer un entorno competitivo en los distintos sectores económicos. Esta labor promocional se desarrolla mediante labores de divulgación, promoción, formación y análisis. También, mediante recomendaciones de mejora de la normativa y el fomento de una actuación favorecedora de la competencia por parte de las Administraciones públicas. Entre los instrumentos utilizados para la promoción de la competencia destacan los informes sobre propuestas normativas, la legitimación para impugnar actuaciones anticompetitivas, los informes y estudios de sectores económicos y las guías y recomendaciones.

Por otra parte, como organismo regulador, ha asumido funciones anteriormente atribuidas a órganos reguladores de muy diversa naturaleza, con efecto sobre sectores económicos muy diferentes. En este caso, la Comisión ejerce funciones, con carácter singular, en determinados sectores y mercados regulados, donde la aplicación de la normativa de defensa de la competencia resulta insuficiente para garantizar la existencia de una competencia efectiva. Estos sectores o ámbitos son los siguientes: las comunicaciones electrónicas y la comunicación audiovisual, los mercados de la electricidad y de gas natural, el sector postal, las tarifas aeroportuarias y determinados aspectos del sector ferroviario.

Las funciones atribuidas a la CNMC relacionadas con el acceso a estadios y recintos deportivos corresponden a su misión como organismo regulador del mercado de



comunicación audiovisual, y así lo remarca el artículo 12.1 e) de la Ley de creación de la CNMC.

Las funciones que el Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía desempeña de modo similar a la CNMC son homologables a las que esta efectúa como organismo supervisor, exceptuando las operaciones de concentración empresarial, para cuyo examen no está facultada.

Asumir otro tipo de funciones le supondría deliberar y decidir sobre asuntos ajenos a la misión confiada por el Estatuto de Autonomía de Andalucía a la Agencia, y dentro de esta, a este Consejo. Para evitar la confusión dimanante del artículo 33.4 del proyecto normativo y respetar los límites del contorno competencial marcado por tal ley orgánica, debe suprimirse la atribución efectuada a la ADCA como entidad encargada de resolver las discrepancias entre los operadores radiofónicos y los recintos deportivos por la cuantía del acceso para retransmitir en directo los distintos eventos.

#### **5. Sobre los límites de ejercicio impuestos a los operadores que quieran emitir en cadena.**

El artículo 34.2 impone un deber de comunicación a los operadores que quieran emitir en cadena. Tal y como expresa el órgano proponente, en la contestación efectuada con fecha 9 de marzo de 2016 *“el deber de comunicación impuesto a los operadores en cadena reproduce una obligación ya contemplada en la normativa básica estatal (artículo 24.2 LGCA), por lo que no debe considerarse una limitación a la competencia impuesta adicionalmente por el texto autonómico”*.

El concepto de emisión en cadena<sup>7</sup> se contiene en el artículo 4.6 del proyecto normativo. Se trata de emisiones simultáneas organizadas dentro de un horario de programación y, en esencia, permiten a los operadores agruparse para difundir en conjunto sus programas, obtener mayores cuotas de audiencia y optimizar los ratios de publicidad.

El artículo 34.3 impide a los operadores la presentación de comunicaciones de emisiones en cadena hasta transcurridos dos años desde su inscripción en el Registro de prestadores, ya sea por adjudicación o por cualquier otro título.

El que deba transcurrir dos años para acogerse a tal posibilidad puede considerarse una importante barrera de ejercicio, que juega en detrimento de los operadores nuevos

---

<sup>7</sup> El apartado 6 del artículo 4 define la emisión en cadena en los siguientes términos: *“Conjunto de contenidos audiovisuales emitidos paralelamente por una pluralidad de prestadores y organizados dentro de un horario de programación que no puede ser alterado por el público. En todo caso, se considera que emiten en cadena aquellos prestadores que emitan el mismo contenido durante más del 10 por 100 del tiempo total de emisión semanal, aunque sea en horario diferente.*

*No se considerará emisión en cadena la emisión de programas que hayan sido coproducidos o producidos de forma sindicada por los prestadores del servicio de comunicación de ámbito autonómico o local, que no sean propiedad de una misma persona física o jurídica y mantengan su autonomía de programación”*.



frente a los establecidos, y especialmente de los más pequeños. Y si bien cabe suponer que el legislador pudiera haber impuesto requisitos sobre las emisiones en cadena para evitar que grandes operadores del mercado obtengan cobertura estatal recurriendo a esta fórmula como medio de salvar la limitación territorial de sus concesiones, cabe considerar también, desde una lógica de mercado, que la intervención administrativa puede limitar la capacidad de una multiplicidad de proveedores de reducir sus costes de producción e incrementar su rentabilidad.

El centro directivo justifica la previsión relativa a la imposibilidad de admitir comunicaciones de emisiones en cadena hasta transcurridos dos años desde la inscripción en el Registro de prestadores, en que esta medida trata de impedir los efectos negativos que las concentraciones en el sector audiovisual pueden propiciar. Se indica también, que en este sector se necesitan fuertes inversiones económicas, que solo los operadores de mayor tamaño pueden sufragar, y que se deben permitir las concentraciones, pero siempre que se introduzcan mecanismos que permitan garantizar la existencia de una pluralidad de fuentes y corrientes de opinión. Por último, se argumenta que, de esta forma, el precepto autonómico posibilita los efectos positivos de la concentración (que los operadores cuenten con más medios económicos y tecnológicos facilitando el hacer frente a mayores costes y el acceso al mercado de capitales), pero evitando los que puedan incidir negativamente en el pluralismo, ya que para tratar de preservar y garantizar el libre ejercicio de los derechos fundamentales directamente relacionados con el sector audiovisual, resulta imprescindible la existencia de una pluralidad de medios de comunicación que proporcionen una información plural, y en los cuales todos los ciudadanos y grupos sociales puedan expresar sus ideas y opiniones libremente.

Este Consejo considera que la imposición de una restricción temporal puede otorgar ventajas a los operadores ya establecidos; por lo que el órgano proponente debe revisar si cabe invocar otras fórmulas llamadas a proteger mejor el pluralismo de los medios de comunicación y su libre competencia. Ello, teniendo en cuenta que en este concreto sector, el efecto adverso e indeseado de obligar a competir con diferentes costes y diferentes perspectivas de rentabilidad, precariza las condiciones de los nuevos agentes y los de menor tamaño, deja sin efecto el hipotético buen resultado de su política empresarial y amenaza su supervivencia.

Con relación a los límites de ejercicio impuestos a los operadores que quieran emitir en cadena, este Consejo considera que el órgano proponente debe revisar si cabe invocar otras fórmulas llamadas a proteger mejor el pluralismo de los medios de comunicación y su libre competencia.



## **6. Observaciones sobre la posibilidad de limitar el derecho de los prestadores a emitir en nuevos formatos.**

El artículo 35 del proyecto normativo establece el derecho de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual a emitir en nuevos formatos, así como a la innovación tecnológica, dentro de los límites establecidos por el título habilitante o en su comunicación previa.

Dicho precepto puede constituir una barrera al ejercicio de los operadores en nuevos formatos. Teniendo en cuenta que el régimen de intervención sobre la atribución de frecuencias ha obedecido tradicionalmente al reparto del espacio radioeléctrico como bien de dominio público, considerando también que el empleo de la tecnología digital rompe con ese modelo, al permitir un aumento exponencial de las señales y atendiendo por último a las posibilidades de emisión que ofrece Internet, debe cuestionarse la necesidad de limitar el empleo de formatos alternativos de difusión con base en una razón imperiosa de interés general.

Tampoco queda determinada su proporcionalidad, es decir, que la medida sea proporcional para el objetivo perseguido, que los beneficios que genere compensen los perjuicios causados al conjunto de operadores involucrados y que sea la menos restrictiva de las alternativas existentes para alcanzar el objetivo perseguido.

La posibilidad de que una licencia o una comunicación previa acote la actuación de los operadores audiovisuales puede tener como efecto limitar el recurso a las innovaciones tecnológicas, condicionar sus inversiones en I+D o sus decisiones de explorar nuevos mercados.

Como manifestación de la voluntad de una autoridad en su ejercicio de la actividad, el acto administrativo debe ceñir sus efectos de crear, transmitir o modificar o extinguir derechos y obligaciones relacionados directamente con un concreto procedimiento, sin que pueda modificar el orden jurídico. No cabe pensar que una conducta está prohibida porque no se haya regulado, porque precisamente ello acabaría con la capacidad de innovar y sería contrario al principio de seguridad jurídica (si no se está infringiendo prohibición alguna, no se está cometiendo ilícito concurrencial alguno).

La irrupción de un nuevo modelo, caracterizado por la digitalización de las señales audiovisuales, los nuevos formatos audiovisuales adaptados a la convergencia tecnológica, el desarrollo de la telefonía móvil como vía de comunicación y de recepción de productos, las posibilidades de la adaptación de los formatos televisivos a su acceso a través de la red Internet, la extensión de las redes inalámbricas o la extensión de la Web 2.0, obligan a redefinir el modelo de regulación y el papel supervisor de la Administración para ajustarlo al nuevo tipo de relaciones entabladas por los consumidores y los medios de comunicación.

El órgano proponente, sin embargo, argumenta que la redacción del artículo 35 se encuentra en consonancia con lo dispuesto en el artículo 24.3 y en la Disposición transitoria 9ª de la LGCA básica estatal, al prohibir expresamente que las mejoras



tecnológicas habiliten para rebasar las condiciones establecidas en la licencia, y en particular, para disfrutar de un mayor número de canales de pago o en abierto cuya emisión se hubiera habilitado. De tal manera que, incluso aún desapareciendo del texto autonómico, su aplicación en territorio andaluz vendría impuesta por el carácter básico de la citada norma estatal.

Adicionalmente, dicho órgano subraya que, en cualquier caso, la regulación que se propone resulta respetuosa y supone la integración efectiva del principio de neutralidad tecnológica, por lo que el otorgamiento de las licencias para la prestación de servicios de comunicación audiovisual de titularidad privada no limita los derechos de los licenciatarios para poder explotar este servicio con otra tecnología, siempre con sometimiento a lo dispuesto en la normativa estatal vigente en cada momento y en consonancia con lo establecido en la Directiva 2009/140/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2009, por la que se modifican la Directiva 2002/21/CE, relativa al marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas; la Directiva 2002/19/CE relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión; y la Directiva 2002/20/CE relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, que fue transpuesta al ordenamiento jurídico español mediante el Real Decreto Ley 13/2012, de 30 de marzo, por el que se transponen directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas y en materia de comunicaciones electrónicas, y por el que se adoptan medidas para la corrección de las desviaciones por desajustes entre los costes y los ingresos en los sectores eléctrico y gasista.

## **7. Sobre el régimen de autorregulación o corregulación auspiciado por la norma.**

La corregulación es un mecanismo por el que se habilita para la realización de los objetivos de un acto legislativo a las partes interesadas reconocidas en el ámbito de que se trate (agentes económicos, interlocutores sociales, organizaciones no gubernamentales, etc.). El acto legislativo de base define el marco y el alcance de la corregulación. Las partes afectadas podrán celebrar después acuerdos voluntarios entre ellas para lograr los objetivos del acto legislativo.

La autorregulación consiste en la posibilidad de que los agentes económicos, los interlocutores sociales, las organizaciones no gubernamentales o las asociaciones adopten entre ellos y para sí, directrices comunes. Estas directrices pueden, por ejemplo, adoptar la forma de códigos de conducta o de acuerdos sectoriales.

Estos sistemas, que implican el acatamiento voluntario de reglas de conducta desarrolladas en el seno de un sector (industrial, comercial, etc.), así como la no intervención pública, excepto en lo que se refiere a la orientación que pueda brindarse, en ocasiones, pueden entrañar un riesgo de que las reglas desarrolladas por los propios operadores de un determinado mercado tengan efectos negativos sobre la competencia.





El texto normativo objeto de análisis, en diversos apartados del articulado habla de correulación, autorregulación y códigos de conducta.

A este respecto, el art. 8 dedicado a los derechos de los menores dispone en su apartado 3 que el Consejo Audiovisual de Andalucía, a fin de garantizar la protección de la infancia y la juventud en los servicios audiovisuales *“debe impulsar los procesos de correulación y autorregulación del sector”*.

También cabe destacar el artículo 46, que lleva por rúbrica *“Correulación y fomento de la autorregulación en materia de publicidad”*. Dicho artículo establece que el Consejo Audiovisual de Andalucía *“promoverá la adopción voluntaria de códigos de conducta y el establecimiento de acuerdos entre prestadores de servicios de comunicación audiovisual, anunciantes y agencias de publicidad para facilitar y garantizar el cumplimiento de las obligaciones y los deberes en materia de publicidad en defensa de las personas consumidoras y usuarias. Igualmente velará por el cumplimiento de los acuerdos o códigos de conducta que se suscriban”*.

Según el Anteproyecto de Ley Audiovisual (informe PN 11/09), de la autoridad nacional de competencia: *“La autorregulación en este campo viene fundamentalmente destinada a evitar la retransmisión de contenidos ilícitos o inapropiados. Sin embargo, debe recordarse que los códigos de autorregulación no dejan de ser acuerdos entre competidores que podrían incluir restricciones a la competencia, en el sentido del art. 1 LDC y 81 TCE, y en consecuencia son perfectamente revisables en sede de competencia. De hecho, el Consejo de la CNC ha emitido resoluciones relativas a códigos de conducta en el ámbito audiovisual, y más concretamente publicitario. En consecuencia, resulta pertinente recordar en la redacción del texto que dichos códigos son susceptibles de ser examinados desde esa perspectiva por parte de las autoridades de competencia...”*.

De acuerdo con la citada tesis de la CNC, cabe proponer que la redacción del artículo 8.3 quede del siguiente modo:

*“Al efecto de garantizar la protección de la infancia y la juventud en los servicios audiovisuales, el Consejo Audiovisual de Andalucía debe impulsar los procesos de correulación y autorregulación del sector, debiendo respetarse en todo caso la normativa sobre defensa de la competencia”*.

También se propone una nueva redacción del artículo 46.1:

*“1. El Consejo Audiovisual de Andalucía, dentro del respeto a las normas de competencia y sin perjuicio de las facultades de las autoridades de defensa de la competencia en su control, promoverá la adopción voluntaria de códigos de conducta y el establecimiento de acuerdos entre prestadores de servicios de comunicación audiovisual, anunciantes y agencias de publicidad para facilitar y garantizar el cumplimiento de las obligaciones y los deberes en materia de publicidad en defensa de las personas consumidoras y usuarias. Igualmente velará por el cumplimiento de los acuerdos o códigos de conducta que se suscriban”*.



## **8. Sobre el establecimiento de restricciones territoriales.**

En primer lugar, conviene significar que el proyecto normativo menciona, entre las líneas fundamentales de la acción institucional, en el artículo 14.2.c), la adopción de políticas en el sector *"de apoyo a la economía social y a la pequeña y mediana empresa implantada en Andalucía"*. Igualmente, en el artículo 20.1, se alude a que la Administración de la Junta de Andalucía adoptará políticas en el sector orientadas, entre otras, *"a favorecer a las pequeñas y medianas empresas implantadas en Andalucía"*.

Por su parte, el Capítulo tercero del Título III del proyecto normativo regula las distintas acciones de fomento del sector audiovisual andaluz que acometerá la Administración de la Junta de Andalucía, tales como ayudas a la financiación, establecimiento de incentivos y bonificaciones fiscales.

El artículo 31 en su apartado 2 prevé la articulación de medidas para la producción de contenidos audiovisuales en Andalucía, especialmente, cuando participen profesionales o empresas radicadas en nuestro territorio. Y el apartado 4 del mismo artículo establece que se promoverá con carácter preferente la producción de calidad realizada por productores independientes andaluces.

El artículo 39, integrado en el Capítulo II, *"Las obligaciones de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual"* del título IV, denominado *'Obligación de financiación de productos audiovisuales'*, impone a los prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisiva de cobertura autonómica el deber anual de contribuir a la financiación anticipada de la producción europea de películas cinematográficas, películas y series para televisión, así como documentales y películas y series de animación. Para ello, deberán destinar el 5% de los ingresos devengados en el ejercicio anterior por la emisión de los productos audiovisuales producidos en una fecha inferior a siete años. El proyecto normativo matiza que para los prestadores de servicios de comunicación audiovisual de titularidad pública de cobertura autonómica, dicha obligación será del 6%.

La financiación de tales obras audiovisuales podrán efectuarla participando directamente en su producción o mediante la adquisición de los derechos de explotación de las mismas.

Según el apartado 3 del mismo artículo, al menos, el 60% de esta obligación de financiación (el 75% en el caso de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual de titularidad pública de cobertura autonómica) deberá dedicarse a películas cinematográficas de cualquier género.

En todo caso, y según el apartado 4, el 60% de esta obligación de financiación se destinará a la producción en castellano, y al menos la mitad de ese importe deberá aplicarse en el conjunto del cómputo anual a obras de productores independientes andaluces. El precepto remarca, además, que para determinar las cuantías, en las coproducciones no se contabilizará la aportación del productor independiente.



Además, habría que señalar la previsión del artículo 40 en su apartado c), que señala la obligación específica para prestadores privados de carácter comercial de disponer de un estudio de producción operativo con personal a cargo de la emisora y ubicado en el ámbito territorial de cobertura, adicionando que los acuerdos de externalización estarían igualmente obligados al cumplimiento de este requisito.

Estos preceptos difícilmente podrían encontrar justificación que avalara una posible compatibilidad con los principios y requisitos establecidos en la LGUM.

Los contenidos regulatorios precitados exceden del marco regulatorio recogido en la normativa básica estatal (artículo 5 de la LGCA), cuyo objetivo es proteger el derecho a la libertad lingüística y cultural, al introducir restricciones cuya necesidad y proporcionalidad deben enjuiciarse a la luz de la LGUM.

Para efectuar tal análisis, es preciso recordar que los contenidos audiovisuales son considerados por la Unión Europea como productos tanto culturales como económicos, vinculados a contextos nacionales con preferencias culturales, y que las autoridades comunitarias reconocen la importancia vital de mantener la diversidad cultural en un mercado único.

Dadas sus dificultades estructurales, el desarrollo de este sector no se ha dejado exclusivamente a merced de la dinámica del mercado. La diversidad cultural y lingüística es, junto con el pluralismo y la protección de los menores, algunos de los objetivos de interés general salvaguardados por la legislación de la Unión Europea, y, en concreto, por su Directiva de servicios de comunicación audiovisual.

También la Convención de la Unesco sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales, respaldada explícitamente por el Parlamento Europeo, considera que tales actividades son portadoras de identidades, valores y significados, y por consiguiente no deben tratarse como si solo tuviesen un valor comercial.

Por lo tanto, y desde esta óptica, la necesidad de que el sector público intervenga en la economía mediante la regulación de determinadas actividades económicas, como puedan ser las del sector audiovisual, puede estar justificada.

Sin embargo, la actuación pública también puede distorsionar u obstaculizar el desarrollo de las actividades económicas más de lo necesario para conseguir los legítimos objetivos perseguidos<sup>8</sup>. Por lo tanto, la eficacia y consistencia de una norma restrictiva de la competencia para asegurar la consecución de un determinado objetivo

---

<sup>8</sup> Deben tenerse en cuenta las consideraciones efectuadas por la CNMC en el citado informe IPN/D TSA/020/15 (Contestación a la consulta pública de la Comisión Europea sobre la Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual) al cuestionar la pertinencia, eficacia y equidad de las disposiciones de promoción de la diversidad cultural, y en particular de las obras europeas. La CNMC también se pronuncia en dicho informe sobre la obligación contenida en la Ley Audiovisual de que determinados prestadores dediquen el 5% de sus ingresos a la financiación anticipada de determinadas tipo de obras audiovisuales europeas. Esta obligación, supone una importante carga regulatoria a los prestadores nacionales, pues tienen que destinar importantes ingresos al fomento de la obra europea.



público debe poder constatarse. Y los órganos proponentes deben plantearse si existen vías alternativas que permitan alcanzar el mismo fin, sin lesionar otros intereses dignos de protección, lo cual es aplicable al Anteproyecto de Ley objeto de este análisis.

Debe tenerse presente que la LGUM, aparte de enunciar genéricamente el principio de no discriminación por razón del lugar de residencia o de establecimiento en el artículo tercero, con prohibición expresa de cualquier actuación de los poderes públicos que pueda implicar una discriminación directa ni indirecta, concreta más sobre este principio en su artículo 18, relativo a las actuaciones que limitan la libertad de establecimiento y la libertad de circulación y que son prohibidas por oponerse a algunos de los principios regulados en dicha ley. Así por ejemplo, el artículo 18.2.a), se refiere a los requisitos discriminatorios para el acceso o el ejercicio de una actividad económica, pero también para la obtención de ventajas económicas o la adjudicación de contratos públicos. De este modo, y con arreglo a lo preceptuado en esta norma, una convocatoria de subvenciones para el ejercicio de una actividad económica no podría contener requisitos discriminatorios por razón del lugar de origen.

El art. 18 de la LGUM, en su apartado 2 además, detalla que se consideran discriminatorios, entre otros, la exigencia de que el domicilio social se encuentre en el territorio de la autoridad competente, o que disponga de establecimiento físico en el mismo; que el operador haya estado inscrito en registros de dicho territorio; que haya residido u operado en el mismo durante cierto tiempo; o que el personal, los propietarios o miembros de los órganos de administración o control residan en el territorio, o reúnan condiciones que directa o indirectamente impliquen discriminación a los residentes en otros lugares; o que el operador haya realizado un curso de formación dentro del territorio de la autoridad competente.

Asimismo, sobre esta prohibición, el Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Galicia, en relación con la LGUM, publicado mediante Resolución de 14 de octubre de 2014 de la Secretaría General de Coordinación Autonómica y Local, interpretó que el contenido del artículo 18.2.a) no obsta para que se pueda exigir el ejercicio de una actividad económica en el territorio, para la obtención de ventajas económicas vinculadas a políticas de fomento, sin que ello implique discriminación por razón de la nacionalidad o domicilio social de la empresa.

Igualmente, debe saberse que en varios expedientes tramitados en el marco de los mecanismos de protección de los operadores económicos en el ámbito de la libertad de establecimiento y la libertad de circulación, la Secretaría del Consejo de Unidad de Mercado<sup>9</sup> ha señalado que la propia naturaleza de la política de subvenciones llevadas

<sup>9</sup> Véase, entre otros, los informes sobre ayudas emitidos por la Secretaría para el Consejo de Unidad de Mercado sobre los siguientes asuntos:

26.36 EDUCACION. Centros formación empleo. País Vasco,  
<http://www.mineco.gob.es/portal/site/mineco/menuitem.84ee6f8709ef8ac35de48310223041a0/?vgnnextoid=1da4f19d09143510VgnVCM1000001d04140aRCRD>

26.31 EDUCACION. Centros formación empleo. Valencia



a cabo por las Autoridades Públicas en el marco de su actividad de fomento (como puede ser empleo, o en este caso un determinado sector empresarial, producción audiovisual de contenidos andaluces) exige una cierta territorialidad de sus efectos y que la actividad que vaya a recibir las eventuales medidas de fomento deberá tener conexión directa con el ámbito territorial donde la entidad concedente desarrolla su actividad de fomento. No obstante, con arreglo a la LGUM debe entenderse que esta conexión con el ámbito territorial no puede establecerse exclusivamente en relación a la existencia de un domicilio social o un establecimiento físico concreto en un determinado territorio sino, por ejemplo, por la generación de actividad económica en el mismo, con base en diferentes indicadores (ventas, empleo generado, prestación de servicios a un determinado tipo de cliente, entre otros).

La previsión contenida en el artículo 31.4 del proyecto normativo de que se promueva con carácter preferente la producción de calidad realizada por productores independientes andaluces parece contraria al principio de no discriminación e introduce el riesgo de excluir a operadores no establecidos en esta comunidad autónoma, que bien pudieran ser transmisores de su riqueza cultural y sus valores o elegirla como escenario de sus trabajos. Se considera plausible la modificación del precepto, para centrar las medidas de fomento en el objeto (la difusión de la cultura andaluza o la realización de las producciones en Andalucía) y no en el sujeto (el productor andaluz).

Idénticas restricciones se predicen del artículo 39.4, al imponer a los prestadores de servicios audiovisuales cuotas de financiación a favor de las obras de productores independientes andaluces. Se considera oportuno eliminar esa traba, que puede vulnerar el principio de no discriminación, y que, por tanto, limitaría la unidad de mercado, y reenfocar el precepto en la protección de las obras de los productores independientes que transmitan el valioso patrimonio social y cultural de Andalucía o que ubiquen en ella sus producciones.

La modificación requerida concuerda con los postulados de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, que elaboró en 2010 un informe para evaluar la capacidad de gestión normativa de los Estados miembros de la Unión Europea. Dicho documento, *Mejora de la regulación en Europa: España*, pone el acento en la necesidad de que los Gobiernos evalúen a priori el impacto de sus futuras normas, ya que esta herramienta les ayudará "a adoptar las opciones legislativas más eficientes y efectivas".

---

<http://www.mineco.gob.es/portal/site/mineco/menuitem.84ee6f8709ef8ac35de48310223041a0/?vgnextoid=05d7b66b3d282510VgnVCM1000001d04140aRCRD>

26.28 EDUCACIÓN. Centros formación empleo. Canarias

<http://www.mineco.gob.es/portal/site/mineco/menuitem.84ee6f8709ef8ac35de48310223041a0/?vgnextoid=3d78aa26ce3c1510VgnVCM1000001d04140aRCRD>

26.27 EDUCACIÓN. Centros formación empleo. Madrid

<http://www.mineco.gob.es/portal/site/mineco/menuitem.84ee6f8709ef8ac35de48310223041a0/?vgnextoid=94b055bd36781510VgnVCM1000001d04140aRCRD>

28.03 EMPLEO. Centros Especiales de Empleo

<http://www.mineco.gob.es/portal/site/mineco/menuitem.84ee6f8709ef8ac35de48310223041a0/?vgnextoid=8681f5bab1511510VgnVCM1000001d04140aRCRD>



Ello, sobre la base de que *“los costes de la legislación no deben sobrepasar sus beneficios”*<sup>10</sup>.

Debe subrayarse que la LGCA impone a los prestadores de servicios audiovisuales televisivos, en artículos con carácter básico, como se ha dicho, una obligación de financiación anticipada de obras europeas. Y si bien garantiza un porcentaje a favor de los productores independientes, en ningún momento preceptúa que estos deban ser españoles o permite a las Comunidades Autónomas que apliquen distinciones favorables a los ciudadanos establecidos en su territorio.

En síntesis, y siguiendo la línea interpretativa de la LGUM, pudiera ser de interés que las menciones recogidas en los artículos 14, 20 y 31 se matizaran según lo señalado y se eliminase la obligación contenida en el artículo 40.c). En consecuencia, debería plantearse la necesidad de revisar la redacción de los preceptos analizados, especialmente, los apartados 2 y 4 del precitado artículo 31, incluyendo términos relacionados con la generación de valor añadido y negocio en Andalucía y no centrar la política de fomento en relación con la obligatoriedad de que las empresas se encuentren radicadas en Andalucía.

Asimismo, en cuanto a la premisa establecida en la Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual de fomentar, cuando sea viable, la producción y distribución de obras europeas, contribuyendo así activamente a la promoción de la diversidad cultural, se estaría alcanzando el citado objetivo teniendo en cuenta, en todo caso, la imposibilidad de establecer limitaciones territoriales como las señaladas.

En último término, el órgano proponente debe evitar, la inclusión redundante en el Anteproyecto de Ley de los contenidos básicos regulados en la norma audiovisual estatal, para no dar pie a interpretaciones erróneas que pongan en entredicho el principio de transparencia de las normas y su coherencia con el resto del ordenamiento jurídico.

### **9. Sobre el alcance de los mecanismos de intervención proyectados y la redefinición del procedimiento previsto para la prestación del servicio de comunicación audiovisual privado de carácter comercial.**

El proyecto normativo analizado, tal y como reconoce el órgano promotor de la norma, recoge reglas susceptibles de limitar la cantidad de operadores privados con capacidad para participar en ese mercado, y que inciden de forma directa sobre el número de competidores en el sector. En efecto, la norma proyectada, al igual que la Ley 7/2010, determina que en el supuesto de que los servicios de comunicación audiovisual se presten mediante ondas hertzianas terrestres, será necesario contar con una licencia

<sup>10</sup> En este informe, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos exige a las Administraciones calibrar las distintas consecuencias de sus normas, entre ellas la económica sobre grupos o sectores interesados, los potenciales efectos sobre la competencia entre los operadores y las cargas administrativas que impone.



previa otorgada mediante concurso por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía (art.69.2).

A este respecto, el establecimiento de controles respecto del acceso al mercado por medio de autorizaciones o licencias es una de las formas de regulación económica con la que se disciplina el mercado de una manera más directa e intensa, por sus efectos sobre la competencia.

Sin embargo, no es el único régimen de intervención administrativa contemplado en el proyecto normativo, pues también se recurre a la comunicación previa.

En ese orden de consideraciones, y de acuerdo con el espíritu del Anteproyecto de Ley, ha de entenderse que el régimen de comunicación (fehaciente ante la autoridad audiovisual y previa al inicio de la actividad) es el mecanismo que opera como regla general en la prestación del servicio, según se desprende del artículo 69.3, mientras que la licencia sólo será excepcionalmente requerida en los casos explícitamente previstos en la ley, como sucede en el caso de las emisiones hertzianas.

Para facilitar una mejor comprensión de los mecanismos de intervención administrativa que operan en las diferentes modalidades de gestión del servicio de comunicación audiovisual regulados en el texto, es aconsejable que se expliciten nítidamente sus efectos y su *modus operandi*.

No puede perderse de vista que la autorización previa<sup>11</sup> es el único régimen de control *ex ante*, y el mismo ha de tener un uso excepcional, dado que su utilización supone que nos situemos en el umbral de intervención más intenso. Según el artículo 71.1 del Anteproyecto de Ley, las licencias se otorgan a través de un concurso público y, además, se encuentran limitadas en número.

Asimismo, ha de resaltarse que tras la Directiva 2006/123/CE sobre servicios en el mercado interior, cualquier decisión que comporte el establecimiento de una autorización administrativa ha de estar expresamente justificada, motivada en relación a esa necesidad social imperiosa, en ausencia de la cual habrá que optar por mecanismos de intervención previa más livianos. Ha de justificarse, por lo tanto, su necesidad y proporcionalidad, y explicitar los principios que imponen al legislador el deber de analizar, caso por caso, cada actividad económica llamada a regular, para seleccionar una intervención administrativa justificada, no discriminatoria y lo menos restrictiva posible.

La exigencia de autorización viene amparada en lo dispuesto en la normativa estatal básica (apartado 2 del artículo 22 LGCA). Además, uno de los motivos en los que puede fundamentarse el establecimiento de controles previos de acceso, es el hecho de que la actividad económica privada se desenvuelva en dominio público. En el caso que nos ocupa, el espectro radioeléctrico en el que son posibles las emisiones de radio y

---

<sup>11</sup> Nótese que se entiende por tal, cualquier acto expreso o tácito de la autoridad competente que se exige con antelación al acceso a una actividad económica o su ejercicio, a través del control previo de la actividad.



televisión, hace que sea imprescindible la asignación del derecho al uso de esas frecuencias por parte de la Administración pública. El sometimiento a licencia puede considerarse justificado, por tanto, en la necesidad de ordenar el uso del espectro radioeléctrico, que además es un bien limitado por definición (artículo 71.1). En consecuencia, el referido régimen de autorización debe entenderse ajustado a los principios de necesidad y proporcionalidad, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 5 y 17.1.c) de la LGUM, tal y como acertadamente argumenta el centro directivo impulsor de la norma.

Por otra parte, la norma proyectada, en su artículo 78, determina que la celebración de negocios jurídicos cuyo objeto sea una licencia de comunicación audiovisual, requiera autorización previa de la Consejería competente en materia de medios de comunicación social. Ello supone la concreción en el territorio andaluz de la previsión impuesta en la normativa básica estatal (artículo 29.1 LGCA). El órgano proponente justifica que esta circunstancia conlleva a que, aunque se eliminara tal disposición del texto autonómico, su aplicación en territorio andaluz vendría impuesta por el carácter básico de la citada norma.

Para los casos en los que no se ocupe dominio público, como sucede por ejemplo con las emisiones por cable o por satélite, la norma prevé, por exclusión, que el régimen aplicable sea el de comunicación previa. Dicho régimen también se contempla en la legislación estatal básica de aplicación (apartado 3 del artículo 22 LGCA).

La comunicación es el mecanismo menos restrictivo para las actividades económicas. La misma es susceptible de presentación tanto con anterioridad como con posterioridad al comienzo de la actividad, en los términos que lo prevea expresamente la legislación correspondiente. Su utilización está prevista para aquellos supuestos en los que sea preciso conocer el número de operadores económicos, las instalaciones o las infraestructuras físicas en el mercado, por alguna razón imperiosa de interés general.

Si bien es cierto que el mecanismo proyectado para el inicio de la prestación del servicio de comunicación audiovisual es formalmente catalogado como una comunicación previa, de los requisitos exigidos en el artículo 70 se infiere la existencia de un régimen encubierto de autorización administrativa.

En particular, tal régimen se desprende de la redacción del artículo 70.3, cuyo tenor literal es el siguiente:

*“La prestación del servicio de comunicación audiovisual podrá iniciarse una vez transcurrido el plazo de un mes, a contar desde la presentación de la comunicación previa. Si en el plazo establecido en el apartado anterior, el órgano competente observara defectos u omisiones subsanables requerirá a quien haya realizado la comunicación previa para que, en el plazo de diez días, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, con la indicación de que, si así no lo hiciera, dicha comunicación previa no producirá ningún efecto”.*

El horizonte final del procedimiento para prestar servicios de comunicación audiovisual





privado de carácter comercial exige el previo pronunciamiento de la Administración y no permite ejercitar el derecho al desempeño aun previéndose formalmente como una comunicación previa al inicio de la actividad.

A ello habría que añadir que la redacción del artículo 70.2.e) resulta confusa, dado que parece que se está haciendo referencia a dos instrumentos de intervención administrativa diferentes, la comunicación previa y la declaración responsable. En concreto, según se recoge en la norma, la comunicación deberá incluir como mínimo una serie de información, entre ellas, una *“declaración responsable de cumplimiento de los requisitos exigibles”*. Sin embargo, debe remarcarse que junto a la comunicación, no se deben presentar más documentos, ni cumplir con requisitos de registro. En dicho régimen administrativo, el control del cumplimiento de la normativa se basará en inspecciones posteriores al inicio de la actividad económica, a partir de la información proporcionada por el prestador en la comunicación.

Tampoco debe obviarse el principio de eficacia de las actuaciones de las autoridades competentes en todo el territorio nacional, regulado en el artículo 6 de la LGUM, y desarrollado más ampliamente en su Capítulo V, el cual se predica también de los títulos habilitantes. Dicho principio se basa, a su vez, en el de confianza mutua (artículo 4 LGUM), y es uno de los elementos centrales de la mencionada norma, tal y como se recoge en su preámbulo. En virtud del mismo, cualquier operador legalmente establecido podrá ejercer la actividad económica o circular en todo el territorio nacional, sin que quepa en principio exigirle nuevas autorizaciones o trámites adicionales de otras autoridades competentes diferentes.

Es decir, si en una determinada Comunidad Autónoma los operadores han obtenido una autorización, o presentado una declaración responsable o comunicación para acceder a una actividad, o incluso si han accedido a la misma sin necesidad de realizar ningún trámite previo, esta bastará como título habilitante para ejercer la actividad en todo el territorio nacional, sin que quepa, por ejemplo, la exigencia de una nueva autorización, declaración responsable o comunicación, excepto para determinadas actuaciones para las que se limita este principio de eficacia nacional.

#### **10. Sobre los criterios de valoración y la introducción en las bases de los concursos para la adjudicación de licencias audiovisuales del requisito relativo a la experiencia.**

El artículo 75 regula los criterios de valoración a considerar en los procedimientos de otorgamiento de licencias de comunicación audiovisual. Concretamente, el tenor literal de dicho precepto es el que a continuación se transcribe:

*“En la elaboración de los criterios de valoración, se tendrán en cuenta, en todo caso, los siguientes principios:*

- a) *Garantizar la pluralidad de la oferta de servicios de comunicación audiovisual.*



- b) *Fomento de la creación de empleo y de la formación de profesionales.*
- c) *El interés cultural, social y educativo de los proyectos, valorando especialmente el fomento de las diferentes manifestaciones de la cultura local y andaluza.*
- d) *Garantizar la viabilidad, la calidad y la continuidad y de los proyectos.*
- e) *El respeto a la pluralidad, a la diversidad, a la discapacidad, a la igualdad, a los derechos de los menores y la no discriminación de las minorías, respetando el principio de transversalidad de género.*
- f) *La rentabilidad social de los servicios de comunicación audiovisual medida a través de los correspondientes indicadores”.*

El uso de un sistema de concurso constituye un mecanismo de asignación o provisión, abierto a la posibilidad de que distintos operadores puedan rivalizar por hacerse con el servicio. Es deseable que en su diseño se garantizase el acceso de los operadores y se genere competencia por el mercado *ex ante* y *ex post*.

Este Consejo sugiere al órgano proponente que los procedimientos de otorgamiento de licencias de comunicación audiovisual se ajusten a las *Recomendaciones para facilitar el acceso y promover la competencia en el ámbito de la contratación pública andaluza*<sup>12</sup>. Reviste también gran interés el documento editado en 2011 por la CNC (en la actualidad, CNMC), bajo el título *Guía sobre Contratación Pública y Competencia*<sup>13</sup>.

Además de lo anterior, en todo caso, el concurso no podrá contener requisitos prohibidos por la LGUM, ni requisitos discriminatorios, innecesarios y/o desproporcionados que limiten la participación de los operadores en el mismo.

Sobre este particular, el desarrollo de los principios establecidos para la fijación de los criterios de valoración de la concesión de licencias de comunicación audiovisual, tales como los aspectos sociales, de mantenimiento de empleo, así como la introducción de condicionantes sobre rentabilidad social han de someterse a una evaluación previa por parte del poder adjudicador a la luz de los principios de la LGUM, principalmente en relación con lo establecido en su artículo 18. En este sentido, la condición de que exista un vínculo con el objeto del contrato excluiría la posibilidad de que los poderes adjudicadores puedan exigir a los licitadores que tengan establecida una determinada política de responsabilidad social o medioambiental de la empresa, tal y como señala la nueva directiva de Contratación Pública<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> Estas recomendaciones fueron elaboradas por la ADCA de forma conjunta con la Comisión Consultiva de Contratación Pública, disponibles en el siguiente enlace: [www.juntadeandalucia.es/defensacompetencia/sites/all/themes/competencia/files/RecomendacionesContratacionPublica.pdf](http://www.juntadeandalucia.es/defensacompetencia/sites/all/themes/competencia/files/RecomendacionesContratacionPublica.pdf).

<sup>13</sup> El enlace a la guía editada por la CNC en 2011 es el que a continuación se cita: [http://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/Promocion/Guias\\_y\\_recomendaciones/GUIA\\_CONTRATACION\\_v4.pdf](http://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/Promocion/Guias_y_recomendaciones/GUIA_CONTRATACION_v4.pdf)

<sup>14</sup> Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (Considerando 97).



Por otra parte, el artículo 76.3 del proyecto normativo establece que en las bases de los concursos para la adjudicación de licencias audiovisuales se deberán incluir como criterios que habrán de ser tenidos en cuenta en la resolución: (1) la experiencia de los solicitantes; (2) la solvencia y los medios con que cuenten para la explotación de la licencia.

Dicho precepto reproduce casi en su literalidad el último párrafo del artículo 28 de la LGCA.

Con carácter general y desde el punto de vista de la competencia, debe recordarse que la experiencia puede ser utilizada como criterio de solvencia técnica, si bien no de adjudicación. Es decir, la experiencia de las empresas licitadoras es uno de los elementos que se puede tener en cuenta a la hora de evaluar su capacidad para realizar la prestación de que se trate y, por lo tanto, se considera como medio de acreditación de la solvencia, en la fase de verificación de la aptitud.

La extinta CNC recuerda en su mencionada *Guía sobre Contratación Pública y Competencia* que, tanto la Ley de Contratos del Sector Público como la jurisprudencia, establecen claramente que la solvencia es el elemento que mide la aptitud de las empresas, mientras que los criterios de evaluación han de medir las características de la oferta. Y remarca: *“En consecuencia, la experiencia de los licitadores no puede ser considerada como un parámetro puntuable a efectos de obtener la adjudicación. Debe entenderse pues, que todas las empresas que acrediten la solvencia requerida están igualmente capacitadas para ejecutar el contrato y, en consecuencia, la adjudicación debe realizarse en función de otros criterios”*.

Tal circunstancia está llamada a garantizar la igualdad de trato y evitar la discriminación entre licitadores y ha sido recogida igualmente por la ADCA en sus *Recomendaciones para facilitar el acceso y promover la competencia en el ámbito de la contratación pública andaluza*.

#### **11. Observaciones sobre la renovación automática de licencias a los quince años.**

El artículo 76 del proyecto normativo establece que las licencias audiovisuales serán otorgadas por un plazo de quince años, transcurrido los cuales se procederá a la adjudicación en régimen de libre de concurrencia, cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- a) Que el espectro radioeléctrico esté agotado.*
- b) Que exista un tercero o terceros que pretendan la concesión de la licencia.*
- c) Que lo hayan solicitado con un plazo de antelación de al menos 24 meses respecto de la fecha de vencimiento.*
- d) Que el solicitante o los solicitantes cumplan los mismos requisitos que fueron tenidos*



*en cuenta para la obtención de la licencia por parte del adjudicatario o adjudicatarios.”*

La normativa general de referencia sobre la duración de la licencia es el artículo 28 de la LGCA. Sin embargo, mientras la ley estatal prevé la renovación automática de los títulos habilitantes, el proyecto normativo andaluz apuesta por la libre concurrencia bajo determinados requisitos, una vez expire ese plazo.

La redacción del precepto en tales términos debe considerarse una mejora en términos de competencia; si bien los requisitos contenidos en los apartados c) y d) del artículo 76.2 pueden restar efectividad a la libre concurrencia.

La ignorancia sobre el plazo de vencimiento de las licencias de los actuales detentadores puede dejar fuera a eventuales competidores que no las soliciten con la antelación exigida (dos años). Por otra parte, exigir el cumplimiento de los mismos requisitos, fijados quince años antes, para los nuevos solicitantes puede constituir una barrera de entrada, además de anclarlos a restricciones que pueden resultar innecesarias desde el punto de vista de la mejora de la regulación.

También será necesario reflexionar sobre la proporcionalidad de la restricción impuesta con el fin de evitar que la consecución de un objetivo que suponga solo una mejora relativa o marginal en términos de bienestar social genere, en cambio, un serio detrimento al mismo por las restricciones a la actividad económica que impone. Estos requisitos guardan a la par íntima relación con el principio de mínima distorsión.

## **12. Sobre las atribuciones al Consejo Audiovisual de Andalucía en materia de competencia.**

El artículo 71.3 determina que en los procedimientos para el otorgamiento de licencias, se solicitará un informe preceptivo al Consejo Audiovisual de Andalucía respecto de la composición accionarial de los licitadores, para garantizar el pluralismo y la libre competencia en el sector y prevenir situaciones de concentración de medios, así como abuso de posición dominante.

El artículo 74.4 establece, que para elaborar la bases de la convocatoria pública de los concursos de otorgamiento de licencias para la prestación de servicios audiovisuales, se solicitará con carácter previo, un informe preceptivo al Consejo Audiovisual de Andalucía, con idéntica finalidad de garantizar el pluralismo y la libre concurrencia en el sector y prevenir situaciones de concentración de medios y abuso de posición dominante.

El artículo 78, que regula la celebración de negocios jurídicos cuyo objeto sea una licencia de comunicación audiovisual o que supongan una modificación de la persona que presta el servicio, impone en su apartado 3 a) que, con carácter previo a la autorización e inscripción de tales negocios jurídicos, deberá solicitarse un informe al Consejo Audiovisual de Andalucía, también con el mismo propósito descrito sobre estas líneas.



Las previsiones normativas enunciadas estarían otorgando al Consejo Audiovisual de Andalucía atribuciones relacionadas con la “*garantía de la libre competencia en el sector*” y la prevención de “*situaciones de concentración de medios y abuso de posición dominante*”.

Desde este Consejo se quiere insistir en que las funciones relacionadas con el mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados, mediante el control del comportamiento de los operadores y el control de concentraciones, recaen sobre las autoridades de competencia, con independencia del sector de actividad en que tengan lugar, y cualesquiera atribuciones a los órganos sectoriales han de responder a la protección de los intereses generales que les son propios, sin interferir en las competencias de las primeras. Ello, con independencia de la procedencia de que el Consejo Audiovisual comunique a tales órganos la existencia de indicios de conductas anticompetitivas.

Como ya puso de manifiesto la extinta CNC en su informe IPN 011/09, relativo al Anteproyecto de Ley Audiovisual, el sistema español de defensa de la competencia está integrado, desde el punto de vista institucional, por una serie de instancias de ámbito territorial diverso, relacionadas entre sí mediante distintos mecanismos de coordinación, que analizan los efectos sobre la competencia efectiva de conductas y operaciones de concentración empresariales que suceden en cualquier mercado.

Dicho entramado institucional comprende la propia Comisión Europea, la CNMC como instancia nacional, los organismos autonómicos de defensa de la competencia, y los tribunales ordinarios, que aplican dicha normativa en el ámbito privado. La clara vocación horizontal del modelo español de defensa de la competencia, en línea con el comunitario, se vio reforzado con la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. En el ámbito andaluz se completa con la Ley 6/2007, de 26 de junio, de Promoción y Defensa de la Competencia de Andalucía, que crea y regula la ADCA, en aplicación de los artículos 58.1.5º y 164 del Estatuto de Autonomía para Andalucía.

La delimitación de estas facultades como exclusivas de las autoridades de competencia pasa por precisar inequívocamente que cualquier atribución al Consejo Audiovisual se entiende destinada a la exclusiva protección de los intereses públicos que tenga encomendados, con pleno respeto a las funciones de las autoridades estatal y autonómicas de competencia en la materia. Como también subraya el mencionado Anteproyecto de Ley Audiovisual, la atribución a las autoridades de competencia de determinadas facultades de control *ex post* (en el caso de las conductas restrictivas de la competencia) y *ex ante* (en el caso de las concentraciones económicas) de los operadores en cualquier mercado, responde a la voluntad del legislador de fortalecer la independencia en el desempeño de estas funciones, así como su exclusividad decisoria en el ámbito administrativo.

Por lo que respecta al control de concentraciones, debe precisarse que cuando la concentración cumpla los requisitos para necesitar de una autorización, la misma



corresponde a las autoridades de competencia, bien la estatal, bien la comunitaria, sobre la base del análisis de los efectos de la operación sobre la competencia efectiva.

En relación con las concentraciones que no tienen ámbito comunitario, el legislador reforzó la independencia instructora y decisoria de la CNMC, de manera que es esta, y no el Gobierno ni ningún otro organismo, la que resuelve autorizar las operaciones. En el caso de las concentraciones que recaen bajo la jurisdicción comunitaria, la decisión sobre la aprobación o prohibición la tiene exclusivamente la Comisión Europea, sin que pueda existir ninguna instancia nacional que pueda decidir sobre la misma.

Para evitar que el proyecto normativo sometido al análisis de este Consejo consume la colisión de funciones con otros órganos con competencias sustantivas, la redacción de los artículos precitados debe tener en cuenta que el informe del Consejo Audiovisual es preceptivo pero no vinculante. También, que el Consejo Audiovisual pondrá en conocimiento de las autoridades de competencia los actos, acuerdos, prácticas o conductas de los que pudiera tener conocimiento en el ejercicio de sus atribuciones que presenten indicios de ser contrarios a la normativa sobre tal materia, aportando todos los elementos de hecho a su alcance y uniendo, en su caso, el dictamen correspondiente.

### **13. En cuanto al régimen sancionador establecido en el Título VI del Anteproyecto de Ley Audiovisual.**

Con arreglo a la LGCA, el régimen sancionador se regirá por lo establecido en la Ley 30/1992, y su desarrollo reglamentario. Además, señala que las Comunidades Autónomas ejercerán la potestad sancionadora en relación con los servicios de comunicación audiovisual cuyo ámbito de cobertura, cualquiera que sea el medio de transmisión empleado, no sobrepase sus respectivos límites territoriales y también serán competentes en relación con los servicios audiovisuales cuya prestación se realice directamente por ellas o por entidades a las que hayan conferido su gestión dentro del correspondiente ámbito autonómico.

Bajo esta premisa, y tal como señala el propio artículo 127 de la citada Ley (Ley 30/1992), sobre el principio de legalidad de la potestad sancionadora reconocido a las Administraciones públicas por la Constitución, dicha potestad se ejercerá cuando haya sido expresamente reconocida por una norma con rango de Ley, con aplicación del procedimiento previsto para su ejercicio.

En este sentido, el Anteproyecto de Ley incorpora un régimen sancionador relativo al sector audiovisual andaluz, diferenciado del básico en el que se otorgan potestades administrativas adicionales que pudieran entenderse no necesarias ni proporcionadas, en los términos del artículo 5 de la LGUM y que, además, podrían conculcar el artículo 21 de la misma ley, sobre la supervisión de los operadores económicos.

A continuación se reproduce el tenor de dicho precepto:



*“Artículo 21 Autoridad competente en la supervisión de los operadores.*

*1. Las autoridades competentes supervisarán el ejercicio de las actividades económicas garantizando la libertad de establecimiento y la libre circulación y el cumplimiento de los principios recogidos en esta Ley.*

*2. Cuando la competencia de supervisión y control no sea estatal:*

*a) Las autoridades de origen serán las competentes para la supervisión y control de los operadores respecto al cumplimiento de los requisitos de acceso a la actividad económica.*

*b) Las autoridades de destino serán las competentes para la supervisión y control del ejercicio de la actividad económica.*

*c) Las autoridades del lugar de fabricación serán las competentes para el control del cumplimiento de la normativa relacionada con la producción y los requisitos del producto para su uso y consumo.*

*3. En caso de que, como consecuencia del control realizado por la autoridad de destino, se detectara el incumplimiento de requisitos de acceso a la actividad de operadores o de normas de producción o requisitos del producto, se comunicará a la autoridad de origen para que ésta adopte las medidas oportunas, incluidas las sancionadoras que correspondan.”*

En este orden de consideraciones, el artículo 80.2 del Anteproyecto de Ley tendría que ser revisado a la luz de lo establecido en el citado artículo 21 de la LGUM, sobre competencias de la autoridad de origen y de destino, en función de si el operador económico cumple los requisitos de acceso o la habilitación para el *ejercicio de una determinada actividad económica*.

Por otro lado, en diversos preceptos de la norma proyectada (vgr. artículos 83 y 85) se contienen referencias a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Consideramos que sería aconsejable sustituir dichas referencias por una remisión genérica a *“la normativa básica en materia de procedimiento administrativo común”*, habida cuenta de la publicación, con fecha 2 de octubre de 2015, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, cuya entrada en vigor tendrá lugar en octubre de 2016, una vez haya transcurrido un año de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriormente expuestas, y visto el informe propuesta de la Secretaría General y del Departamento Estudios, Análisis de Mercados y Promoción de la Competencia de la ADCA, este Consejo emite el siguiente



## DICTAMEN

**PRIMERO.-** En aras a los principios de claridad, seguridad jurídica y eficacia, se aconseja regular con un mayor nivel de concreción el ámbito objetivo y subjetivo de la norma. Sería recomendable recoger qué prestadores del servicio de comunicación son los sujetos destinatarios de la norma, en atención a su establecimiento en la Comunidad Autónoma u otra circunstancia relacionada con el área de difusión de la señal, el empleo del espectro radioeléctrico, el ejercicio de la actividad, la difusión de sus contenidos, etc. Sería aconsejable, igualmente, determinar las actividades y sujetos excluidos de la aplicación del Anteproyecto de Ley, precisando si es posible el régimen aplicable en esos otros casos.

También, en cuanto al ámbito de aplicación relacionado con los servicios de comunicación audiovisual prestados en Andalucía y, en concreto, en relación con el apartado c) del mencionado artículo 2, debería especificarse si la Ley se aplicará de acuerdo con el principio de eficacia nacional establecido en la LGUM, en el sentido de que aquellos profesionales del sector audiovisual que dispongan de la correspondiente licencia o hayan presentado las correspondientes comunicaciones previas frente a las autoridades autonómicas competentes, podrán ejercer su actividad en Andalucía, sin perjuicio de las labores de comprobación y control correspondientes en el marco de lo señalado en el capítulo VI de la LGUM.

**SEGUNDO.-** Entre los principios que rigen este sector económico, parecería adecuado incluir la referencia al derecho a la libertad de empresa, tal y como aparece recogido en artículo 22.1 de la Ley General de la Comunicación Audiovisual.

**TERCERO.-** La referencia en el artículo 13.4 del Anteproyecto de Ley a criterios que incentiven el ejercicio efectivo del derecho de acceso, en el caso de prestadores de servicios de comunicación audiovisual privados de carácter comercial puede contravenir la LGUM, al tratarse de requisitos no vinculados a los necesarios para la obtención de la licencia.

La aplicación del derecho de acceso, en el ámbito de la actuación de los operadores privados, se tendría que basar en un compromiso voluntario y marcado por el propio interés del operador en diferenciar su producto audiovisual, pero en ningún caso ha de regularse como un criterio a considerar en el marco del propio proceso de obtención de licencias.

**CUARTO.-** Para evitar el riesgo de incurrir en una elevada discrecionalidad en el actuar de la administración, habrían de especificarse de una manera más clara las razones para establecer la limitación que aparece en el artículo 15 l).

**QUINTO.-** La alusión en el Capítulo primero del Título III del Anteproyecto de Ley a una serie de líneas de acción como la protección y conservación del medio ambiente, el





fomento de empleo, las políticas de igualdad de género, entre otras, puede dar lugar a que se introduzcan obligaciones adicionales a los prestadores de estos servicios cuando la propia normativa sectorial no las prevea. En tal sentido, habría que ser especialmente cuidadoso en la incorporación de obligaciones ligadas a políticas de promoción de este sector, de requisitos relativos a protección del medio ambiente (como medidas de eficiencia energética obligatorias más allá de los parámetros recogidos en la normativa sectorial), de fomento o capacitación empresarial, que excedan del objetivo de la norma y que vayan dirigidos a la ordenación del sector audiovisual.

**SEXTO.-** En relación al Registro de prestadores de servicios de comunicación audiovisual, sería conveniente que el apartado 4 del artículo 27 recogiera de forma expresa que la inscripción en este Registro será efectuada de oficio por parte de la administración competente, sobre la base de la información obtenida de los expedientes de concesión de las licencias y de las comunicaciones previas que los operadores hayan cursado frente a la autoridad audiovisual. Adicionalmente, se recomienda que se clarifique que los operadores audiovisuales que se encuentren inscritos en otros registros análogos de carácter autonómico estarían exentos de inscribirse en el mismo, de acuerdo con los artículos 6 y 20 de la LGUM, en conexión con el artículo 33.4 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual.

**SÉPTIMO.-** Para evitar la confusión dimanante del artículo 33.4 del proyecto normativo y respetar los límites del contorno competencial marcado por el Estatuto de Autonomía, debe suprimirse la atribución efectuada a la ADCA como entidad encargada de resolver las discrepancias entre los operadores radiofónicos y los recintos deportivos por la cuantía del acceso para retransmitir en directo los distintos eventos.

**OCTAVO.-** El artículo 34 prevé la imposibilidad de que los operadores puedan presentar comunicaciones de emisiones en cadena hasta transcurridos dos años desde su inscripción en el Registro de prestadores. Esta disposición supone una restricción de ejercicio a los operadores que quieran emitir en cadena, que puede privilegiar a los operadores del mercado ya establecidos, por lo que sería preciso revisar si cabe articular otras fórmulas llamadas a proteger mejor el pluralismo de los medios de comunicación y su libre competencia.

**NOVENO.-** Por su parte, el artículo 35 restringe la posibilidad de los operadores de comunicación audiovisual a emitir en nuevos formatos, así como de introducir innovación tecnológica, en atención a los límites establecidos por el título habilitante o en su comunicación previa. El hecho de que una licencia o una comunicación previa acote la actuación de los operadores audiovisuales puede suponer un obstáculo al ejercicio, cuya necesidad y proporcionalidad debe quedar justificada.

**DÉCIMO.-** Sobre el régimen de autorregulación o corregulación auspiciado por el proyecto normativo, en tanto que estos sistemas pueden entrañar un riesgo relevante de



que las reglas desarrolladas por los propios operadores de un determinado mercado tengan efectos negativos sobre la competencia, se propone que, se introduzca en la redacción de los preceptos en cuestión la indicación de que, en todo caso, habrá de respetarse la normativa sobre defensa de la competencia. A tal efecto se propone una nueva redacción del artículo 8.3:

*“Al efecto de garantizar la protección de la infancia y la juventud en los servicios audiovisuales, el Consejo Audiovisual de Andalucía debe impulsar los procesos de correulación y autorregulación del sector, debiendo respetarse en todo caso la normativa sobre defensa de la competencia”.*

También se propone una nueva redacción del artículo 46.1:

*“1. El Consejo Audiovisual de Andalucía, dentro del respeto a las normas de competencia y sin perjuicio de las facultades de las autoridades de defensa de la competencia en su control, promoverá la adopción voluntaria de códigos de conducta y el establecimiento de acuerdos entre prestadores de servicios de comunicación audiovisual, anunciantes y agencias de publicidad para facilitar y garantizar el cumplimiento de las obligaciones y los deberes en materia de publicidad en defensa de las personas consumidoras y usuarias. Igualmente velará por el cumplimiento de los acuerdos o códigos de conducta que se suscriban”.*

**DECIMOPRIMERO.-** Con respecto al establecimiento de restricciones territoriales, que afectan especialmente a la regulación de las acciones de fomento del sector audiovisual andaluz contempladas en el Capítulo tercero del Título III del proyecto normativo, se estima necesario plantear la revisión de la regulación prevista, en la medida en que la misma puede ser restrictiva de la competencia y a la vez, resultar discriminatoria, entrando en contradicción con la LGUM.

En síntesis, y siguiendo la línea interpretativa de la LGUM, pudiera ser de interés que las menciones recogidas en los artículos 14, 20 y 31 se matizaran según lo señalado y se eliminase la obligación contenida en el artículo 40.c). En consecuencia, debería plantearse la necesidad de revisar la redacción de los preceptos analizados, especialmente, los apartados 2 y 4 del precitado artículo 31, incluyendo términos relacionados con la generación de valor añadido y negocio en Andalucía y plantear la política de fomento en relación con la obligatoriedad de que las empresas se encuentren radicadas en Andalucía.

En último término, el órgano proponente debe evitar la inclusión redundante en el Anteproyecto de Ley de los contenidos básicos regulados en la norma audiovisual estatal, para no dar pie a interpretaciones erróneas que entren en conflicto con el principio de transparencia de las normas y su coherencia con el resto del ordenamiento jurídico.

**DECIMOSEGUNDO.-** El proyecto normativo establece que la comunicación previa será



el mecanismo que, como regla general, se exigirá para la prestación del servicio de comunicación audiovisual de carácter comercial. Sin embargo, de la redacción del artículo 70.3 se infiere que dicho régimen de intervención, aun previéndose formalmente como una comunicación previa al inicio de la actividad, *de facto*, opera como una auténtica autorización. A ello hay que añadir que el 70.2.e) recoge que la comunicación deberá incluir como mínimo una serie de información, entre ella, una "*declaración responsable de cumplimiento de los requisitos exigibles*". Sin embargo, en puridad, junto a la comunicación no se han de presentar más documentos. Para facilitar una mejor comprensión de los mecanismos de intervención administrativa que operan en las diferentes modalidades de gestión del servicio de comunicación audiovisual regulados en el texto, es aconsejable que se expliciten nítidamente sus efectos y su *modus operandi*.

**DECIMOTERCERO.-** El artículo 75, al regular los criterios de valoración a considerar en los procedimientos de otorgamiento de licencias de comunicación audiovisual, introduce una serie de parámetros de muy diversa índole (entre ellos, los aspectos sociales, de mantenimiento de empleo, así como la introducción de condicionantes sobre rentabilidad social, medida a través de indicadores no especificados). Se advierte que el desarrollo de los principios establecidos para la fijación de los criterios de valoración de la concesión de licencias de comunicación audiovisual ha de someterse a una evaluación previa por parte del poder adjudicador, a la luz de los principios de la LGUM, principalmente en relación con lo establecido en su artículo 18.

El uso de un sistema de concurso constituye un mecanismo de asignación o provisión, abierto a la posibilidad de que distintos operadores puedan rivalizar por hacerse con el servicio. Es deseable que en su diseño se garantizase el acceso de los operadores y se genere competencia por el mercado *ex ante* y *ex post*.

Este Consejo sugiere al órgano proponente que los procedimientos de otorgamiento de licencias de comunicación audiovisual se ajusten a las *Recomendaciones para facilitar el acceso y promover la competencia en el ámbito de la contratación pública andaluza*. Reviste también gran interés el documento editado en 2011 por la CNC (en la actualidad, CNMC), bajo el título Guía sobre Contratación Pública y Competencia.

**DECIMOCUARTO.-** El artículo 76.3 del proyecto normativo establece que en las bases de los concursos para la adjudicación de licencias audiovisuales se deberán incluir como criterio que habrá de ser tenido en cuenta en la resolución, la experiencia de los solicitantes. La experiencia con carácter general ha de ser utilizada como criterio de solvencia técnica pero no de adjudicación. No obstante, si debidamente se justificara, en este concreto ámbito, la necesidad de imponer esta restricción con arreglo a algún criterio de interés público, convendría limitar claramente la ponderación máxima que puede otorgarse en la valoración, teniendo en cuenta que el efecto que produce es discriminar a los nuevos entrantes frente a los operadores consolidados.



**DECIMOQUINTO.-** La regulación de la renovación automática de licencias puede entrañar restricciones a la competencia, sin haberse justificado por el órgano tramitador de la norma la necesidad y proporcionalidad de las mismas.

**DECIMOSEXTO.-** Por su parte, las previsiones normativas contenidas en los artículos 71.3, 74.4 y 78 estarían otorgando al Consejo Audiovisual de Andalucía atribuciones relacionadas con la *"garantía de la libre concurrencia en el sector"* y la prevención *"situaciones de concentración de medios y abuso de posición dominante"*. Cualquier atribución del Consejo Audiovisual se entiende destinada a la exclusiva protección de los intereses públicos que tenga encomendados, con pleno respeto a las funciones de las autoridades estatales y autonómicas de competencia en la materia.

Desde este Consejo se quiere insistir en que las funciones relacionadas con el mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados, mediante el control del comportamiento de los operadores y el control de concentraciones, recaen sobre las autoridades de competencia, con independencia del sector de actividad en que tengan lugar, y cualesquiera atribuciones de los órganos sectoriales han de responder a la protección de los intereses generales que les son propios, sin interferir en las competencias de las primeras. Ello, con independencia de la procedencia de que el Consejo Audiovisual comunique a tales órganos la existencia de indicios de conductas anticompetitivas.

Para evitar que el proyecto normativo sometido al análisis de este Consejo consume la colisión de funciones con otros órganos con competencias sustantivas, la redacción de los artículos precitados debe tener en cuenta que el informe del Consejo Audiovisual es preceptivo pero no vinculante. También, que el Consejo Audiovisual pondrá en conocimiento de las autoridades de competencia los actos, acuerdos, prácticas o conductas de los que pudiera tener conocimiento en el ejercicio de sus atribuciones que presenten indicios de ser contrarios a la normativa sobre tal materia, aportando todos los elementos de hecho a su alcance y uniendo, en su caso, el dictamen correspondiente.

**DECIMOSÉPTIMO.-** El Anteproyecto de Ley incorpora un régimen sancionador relativo al sector audiovisual andaluz alejado del establecido en la normativa básica estatal, y en el que se otorga un amplio elenco de potestades administrativas que pueden entenderse innecesarias y desproporcionadas, en los términos del artículo 5 de la LGUM, además de conculcar el artículo 21 de la misma ley, sobre la supervisión de los operadores económicos.

En este orden de consideraciones, el artículo 80.2 tendría que ser revisado a la luz de lo establecido en el citado artículo 21 de la LGUM, sobre competencias de la autoridad de origen y de destino, en función de si el operador económico cumple los requisitos de acceso o la habilitación para el *ejercicio de una determinada actividad económica*.

